

Sygn. akt I ACa 279/16

# WYROK

## W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 25 lipca 2017 roku

Sąd Apelacyjny w Szczecinie I Wydział Cywilny

w składzie następującym:

Przewodniczący:	SSA Wiesława Kaźmierska
Sędziowie:	SA Artur Kowalewski (spr.) SA Agnieszka Bednarek-Moraś
Protokolant:	st.sekr.sądowy Magdalena Stachera

po rozpoznaniu w dniu 20 lipca 2017 roku na rozprawie w Szczecinie

sprawy z powództwa (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością  
w J.

przeciwko R. M.

o zapłatę

na skutek apelacji powódki i pozwanego

od wyroku Sądu Okręgowego w Szczecinie

z dnia 3 grudnia 2015 roku, sygn. akt VIII GC 282/13

**I. zmienia zaskarżony wyrok w punkcie pierwszym w ten sposób, że zasądza od pozwanego R. M. na rzecz powódki (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w J. kwotę 149.873,58 zł (sto czterdzieści dziewięć tysięcy osiemset siedemdziesiąt trzy złote i pięćdziesiąt osiem groszy) z ustawowymi odsetkami liczonymi od dnia 8 maja 2013 roku;**

**II. umarza postępowania apelacyjne w części dotyczącej apelacji pozwanego co do kwoty 2.434,75 zł (dwa tysiące czterysta trzydzieści cztery złote i siedemdziesiąt pięć groszy);**

**III. w pozostałym zakresie apelację pozwanego oddala;**

**IV. oddala apelację powódki;**

**V. znosi wzajemnie koszty postępowania apelacyjnego.**

Agnieszka Bednarek-Moraś Wiesława Kaźmierska Artur Kowalewski

**Sygn. akt I ACa 279/16**

# UZASADNIENIE

Wyrokiem z dnia 3 grudnia 2015 r. Sąd Okręgowy w Szczecinie w sprawie z powództwa (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w J. przeciwko R. M. o zapłatę (sygn. akt VIII GC 282/13): zasądził od pozwanego R. M. na rzecz powódki (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w J. kwotę 150.335,84 zł wraz z ustawowymi odsetkami liczonymi od dnia 8 maja 2013 roku (pkt I); oddalił powództwo w pozostałym zakresie (pkt II); zasądził od pozwanego na rzecz powódki kwotę 10.735,36 zł tytułem kosztów procesu (pkt III).

Sąd Okręgowy wydał to orzeczenie w oparciu o następujący stan faktyczny:

W dniu 5 grudnia 2012 roku strony procesu w ramach prowadzonej działalności gospodarczej zawarły umowę o roboty budowlane, której przedmiotem było wykonanie przez powódkę na rzecz pozwanej kompletnych instalacji słaboprądowych: instalacji SAP, instalacji DSO i instalacji RTV w hipermarkecie (...) w ramach zadania Budowa Galerii Handlowej (...) w Ł.. Inwestorem była (...) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, generalnym wykonawcą - Przedsiębiorstwo Budownictwa (...) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością. Podwykonawcą spółki (...) był pozwany. W umowie wskazano, że wykonawca otrzymał całą dokumentację niezbędną do wykonania niniejszej umowy i nie wnosi żadnych zastrzeżeń. Termin rozpoczęcia robót został wyznaczony na dzień 17 grudnia 2012 roku, zaś termin zakończenia prac na dzień 29 stycznia 2013 roku. Za datę wykonania przedmiotu umowy strony uznały datę podpisania bezusterkowego protokołu odbioru końcowego oraz przedłożenie wszelkich dokumentów, o których mowa w niniejszej umowie.

Umowa przewidywała kary umowne za opóźnienie w oddaniu poszczególnych elementów robót zgodnie z harmonogramem robót w wysokości 0,5% wynagrodzenia brutto za każdy dzień opóźnienia. Wskazano, że wykonawca zapłaci zamawiającemu karę umowną za opóźnienie w oddaniu całości robót w wysokości 0,5 % wynagrodzenia brutto za każdy dzień opóźnienia. Umowa wskazywała również na obowiązek powódki przygotowania harmonogramu robót, przedłożenia go pozwanemu i prowadzenia robót zgodnie z harmonogramem. W pkt 26 strony zawarły zapis o obowiązku wykonawcy poniesienia kosztów wysokości 0,3 % wartości kontraktu za dostawę energii, zużycia wody oraz ochrony, proporcjonalnie do wartości wykonanych prac. W pkt 33 umowy zwarto postanowienia dotyczące wykonania zastępczego. Wskazano, że jeżeli wykonawca będzie prowadził roboty w sposób nienależyty, sprzeczny z harmonogramem robót lub też sprzeczny z umową zamawiający może go wezwać do zmiany sposobu wykonania i wyznaczyć odpowiedni termin do przywrócenia należytego wykonywania umowy. Po bezskutecznym upływie terminu zamawiający bez upoważnienia sądu może powierzyć poprawienie lub dalsze wykonywanie prac będących przedmiotem umowy innej osobie na koszt i ryzyko wykonawcy w zakresie przez siebie określonym. Nadto ustalono, że w każdym wypadku, gdy wykonawca będzie pozostawał w zwłoce z usunięciem wad lub usterek także w trakcie rękojmi i gwarancji, jakie na podstawie umowy zobowiązany jest usunąć, zamawiający bez uzyskiwania upoważnienia sądu będzie miał prawo przystąpić do zastępczego usunięcia wad i usunąć takie wady przy użyciu sił i środków własnych lub osób trzecich. Zamawiający będzie mógł domagać się od wykonawcy pokrycia kosztów zastępczego usunięcia wad.

Uzgodniono, że za wykonanie robót, innych świadczeń wykonawcy określonych w umowie, w tym w szczególności za dostawy wszelkich materiałów, urządzeń, maszyn i sprzętu zamawiający zapłaci wykonawcy wynagrodzenie ryczałtowe stanowiące kwotę brutto, na które będą się składały kwota netto w wysokości 291.526,22 zł oraz wartość należnego podatku od towarów i usług (358.577,25 zł). Podano, że wynagrodzenie płatne będzie jednorazowo w terminie 30 dni od dnia zakończenia całej inwestycji oraz dokonania odbioru przez inwestora pod warunkiem przedłożenia przez wykonawcę oświadczeń, że nie zalega on z płatnościami w stosunku do podwykonawców w ramach wykonania niniejszej umowy.

Strony umowy przewidziały dodatkową kaucję gwarancyjną w celu zabezpieczenia roszczeń zamawiającego z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy przez wykonawcę. Wskazano, że wykonawca wpłaci zamawiającemu kwotę stanowiącą sumę równowartości 10 % kwoty wynagrodzenia tytułem dodatkowej kaucji gwarancyjnej. Zamawiający dopuścił możliwość zmiany formy zabezpieczenia na gwarancję bankową. Wpłata kwoty

stanowiącej część dodatkowej kaucji gwarancyjnej zostanie dokonana każdorazowo poprzez potrącenia z kwotą wynagrodzenia należnego wykonawcy na podstawie faktury wystawionej przez wykonawcę.

Ustalono, że połowa dodatkowej kaucji gwarancyjnej zostanie wypłacona w ciągu 30 dni od daty odbioru końcowego inwestycji przez inwestora, nie wcześniej niż po doręczeniu przez wykonawcę zamawiającemu pisemnego oświadczenia każdego z podwykonawców oraz dalszych podwykonawców skierowanego do zamawiającego, w których potwierdzą oni, że otrzymali od wykonawcy lub podwykonawcy należną im zapłatę z tytułu umów o wykonanie części robót i nie pozostają w związku z tym w sporze z podwykonawcą lub wykonawcą, stwierdzeniu przez zamawiającego, że żaden z podwykonawców lub dalszych podwykonawców nie wystąpił do zamawiającego z roszczeniem o zapłatę wynagrodzenia za wykonanie części robót, usunięciu wad wskazanych w protokole końcowym przez inwestora, zwrotu zabezpieczenia zamawiającego przez inwestora. Pozostała część dodatkowej kaucji gwarancyjnej będzie podlegała zwrotowi po upływie 36 miesięcy od dnia odbioru końcowego przez inwestora pod warunkiem zwrotu zabezpieczenia na rzecz zamawiającego od inwestora.

W dalszej części umowy zawarto ponownie zapis o zasadach wypłaty wynagrodzenia wskazując, że wynagrodzenie będzie płatne jednorazowo na rachunek wykonawcy podany w fakturze VAT w ciągu 35 dni od doręczenia prawidłowo wystawionej faktury VAT. Wskazano, że wykonawca nie będzie uprawniony do wystawienia faktury bez zatwierdzenia protokołu odbioru bez zatwierdzenia odbioru przez przedstawiciela zamawiającego.

W imieniu powódki umowę podpisał R. R. (1)- dyrektor do spraw operacyjno-technicznych, który posiadała odpowiednie umocowanie.

Powódka nie została zgłoszona jako podwykonawca robót. Do umowy załączono ofertę powódki zawierającą wycenę prac.

W dniu 14 grudnia powódka zawarła umowę z podwykonawcą K. J. prowadzącą działalność gospodarczą w ramach przedsiębiorstwa (...). Powódka zleciła podwykonawcy wykonanie pełnego zakresu prac objętych umową zawartą z pozwanym. W ramach tej umowy powódka była zobowiązana do dostarczenia materiału niezbędnego do realizacji umowy. Podwykonawca zobowiązał się do zawarcia umowy dotyczącej najmu podnośników. Termin rozpoczęcia prac przewidziano na dzień 17 grudnia 2012 roku, zaś termin ich zakończenia na dzień 30 stycznia 2013 roku. Przedstawicielem podwykonawcy został T. J..

Powódka nie rozpoczęła prac w terminie wynikającym z umowy. Do końca 2012 roku powódka nie przystąpiła do robót. Podejmowała działania związane z zamawianiem materiałów potrzebnych do realizacji zadania.

Przedstawiciele inwestora i generalnego wykonawcy zgłaszali zastrzeżenia co do postępu prac polegających na wykonaniu instalacji słaboprądowych.

W dniu 4 stycznia 2013 roku, za pośrednictwem poczty elektronicznej, pozwany wezwał powódkę do podjęcia robót. Wskazał, że rozpoczęcie robót miało nastąpić w dniu 20 grudnia 2012 roku. Pozwany wyraził zaniepokojenie znaczącymi opóźnieniami prac.

W dniu 10 stycznia 2013 roku powódka zawarła umowę z firmą (...), której przedmiotem był wynajem dwóch podnośników. Wynajmujący zobowiązał się dostarczyć podnośniki na budowę.

Pismem z dnia 15 stycznia 2013 roku pozwany kolejny raz wezwał powódkę do zintensyfikowania prac. Pozwany wezwał powódkę do przyspieszenia prac w zakresie systemów SAP i DSO. Pozwany powołał się na notatkę koordynacyjną z dnia 7 stycznia 2013 roku. Wskazał, że nie zostało wykonane kompletne okablowanie obiektu.

W dniu 18 stycznia 2013 roku powódka sporządziła dokumenty tzw. deklaracje zgodności, w których wskazano, że instalacje SAP i DSO zostały wykonane.

Pismem z dnia 23 stycznia 2013 roku pozwany wezwał ponownie powódkę do wykonania zobowiązania umownego. Powołał się na notatki koordynacyjne z dnia 17 stycznia 2013 roku i 22 stycznia 2013 roku. W piśmie tym pozwany wskazał, że postęp prac nie rokuje zakończenia inwestycji w terminie. Wskazał, że w przypadku nie wykonania określonego w notatkach koordynacyjnych zakresu prac, pozwany będzie zmuszony zaangażować inną firmę do zakończenia robót. W tym samym dniu została sporządzona notatka ze spotkania na budowie, w którym uczestniczyli T. J. i M. Z.. W notatce określono procentowo zakres wykonanych robót. Notatka dotyczyła systemu SAP i systemu DSO.

Pismem z dnia 24 stycznia 2013 roku pozwany poinformował powódkę o wprowadzeniu ekipy monterów niskoprądowych. Pozwany wskazał, że kosztami zostanie obciążona powódka. W dniu 25 stycznia 2013 roku powódka zwróciła się do pozwanego o przesłanie informacji o ilości zamontowanych przez dodatkowe ekipy elementów systemu SAP i DSO oraz podanie miejsca montażu. Pozwany nie udzielił powódce odpowiedzi na to pismo.

W dniu 28 stycznia 2013 roku powódka sporządziła raport z badań zrozumiałości mowy (CIS) oraz ciśnienia Akustycznego (SPL) DSO.

Pismem z dnia 29 stycznia 2013 roku pozwany wniósł o dostarczenie przez powódkę atestów, wskazał na braku materiałowe w postaci 4 głośników oraz około 200 mb przewodu. Wskazano na brak uruchomienia szafy DSO i centrali SAP, brak zamontowania czujek w ilości 40 sztuk, nie rozpoczęcie montażu instalacji RTV i SAT.

Pismem z dnia 30 stycznia 2013 roku pozwany wskazał, że pokrywa koszt ekipy wykonującej rozruch, programowanie i koordynację instalacji DSO i SAP.

W dniu 1 lutego 2013 roku K. J. wystawiła obciążającą powódkę fakturę VAT opiewającą na kwotę 1.524,22 zł brutto. Faktura dotyczyła zakupu przez (...) formatki pilśniowej, wkrętów do blachy, linki stalowej, zacisku linki pojedynczego, kotwy rozporowej do betonu, panelu porządkującego do szafy. Należność wynikająca z faktury została uiszczona na rzecz podwykonawcy w dniu 5 lutego 2013 roku.

W dniu 5 lutego 2013 roku pozwany skierował do powódki dwa pisma. W pierwszym piśmie pozwany wezwał powódkę do natychmiastowego zakończenia prac. Wskazano, że do dnia 29 stycznia 2013 roku nie został przygotowany w 100 % system do odbiorów strażackich ze względu na błędy w instalacji DSO i SAP. Pozwany wskazał, że opłacił ekipę do rozruchu i programowania systemów SAP i DSO. W następnym piśmie pozwany wskazał, że powódka nie realizuje prac w sposób właściwy, a jej wyjaśnienia są niespójne. Podał, że od połowy stycznia monitował powódkę i wskazywał, że „mając na uwadze terminu umowne jak i zobowiązania wobec inwestora oraz zapisy umowy może być zmuszony do podjęcia kroków w postaci zlecenia robót innym podmiotom z równoczesnym obciążeniem powódki kosztami tych działań”. Pozwany podał, że był zmuszony regulować należności za materiały niezbędne podwykonawcom.

Pismem z dnia 7 lutego 2013 roku pozwany wezwał powódkę do zamontowania niezbędnego masztu do zainstalowania urządzeń komunikacji wewnętrznej. Wezwał powódkę do zakończenia robót.

W dniu 7 lutego 2013 roku firma (...) odstąpiła od umowy z powódką. Swoją decyzję uzasadniała brakiem materiałów niezbędnych do wykonania przedmiotu umowy. Wskazano na brak materiałów potrzebnych do wykonania systemu RTV AGD oraz systemów przywoławczych.

W dniu 8 lutego 2013 roku R. R. (1) skierował pismo do pozwanego, w którym wskazał, że materiały do wykonania RTV- SAT będzie posiadał we wtorek i wykona montaż w ciągu jednego dnia. Wskazał, że samodzielne wykonanie instalacji RTV-SAT przez pozwanego nie skróci terminu wykonania robót. Przedstawił kalkulację wykonania tej instalacji na kwotę 15.057 zł.

W dniu 15 lutego 2013 roku powódka została poinformowana o wykonaniu na jej koszt przejść przeciwpożarowych. R. R. (1) poinformował M. Z., że powódka mogła samodzielnie wykonać te przejścia. Przedstawiciel pozwanego przedstawił uwagi na dzień 14 lutego 2013 roku, wyszczególniono prace, które nie zostały wykonane.

Pismem z dnia 26 lutego 2013 roku pełnomocnik pozwanego wskazał, że pozwany wskutek nienależytego i nieterminowego wykonania umowy został zmuszony ograniczyć zakres umowy wykonawcy i zlecić go podmiotom zewnętrznym. Podał, że podmiot trzeci wykonał prace związane z montażem i podłączeniem głośników DSO na sali sprzedaży, montaż instalacji SAP w pomieszczeniach tryskaczowni, kotłowni i RGNN oraz montaż i podłączenie modułów, jak też tablic zasilających, montaż czujek i linii instalacji SAP w częściach magazynowych, socjalnych oraz biurowych, głośników w częściach socjalnych. Wskazał, że wykonano również prace związane z dokończeniem instalacji SAP na antresoli, podłączono i zamontowano przyciski ROP na Sali sprzedaży oraz na zapleczu. Podał, że pozwany zlecił na koszt i ryzyko wykonawcy uruchomienie systemu DSO i SAP wraz z integracją systemów z Galerią (...). Za bezsporne pełnomocnik pozwanego uznał, że w trakcie realizacji prac powódka korzystała z podnośników pozwanego. Podano również, że podwykonawca powódki otrzymał od pozwanego środki pieniężne. Pełnomocnik wskazał, że z uwagi na to, że prace jeszcze trwają, ostateczna kwota zostanie podana w terminie późniejszym. Pełnomocnik wezwał powódkę do zakończenia pozostających w zakresie wykonawcy prac pod rygorem złożenia oświadczenia o odstąpieniu od zawartej umowy.

W dniu 28 lutego 2013 roku mailem skierowanym do pozwanego, działający w imieniu powódki M. D., zgłosił całość prac do odbioru. Wniósł o wyznaczenie terminu odbioru. M. D. wskazał, że wszystkie usterki i poprawki zgłoszone przez inspektora nadzoru zostały usunięte.

Pozwany nie przystąpił do odbioru uznając, że powódka nie załączyła wynikającej z postanowień umowy dokumentacji, zaś zgłoszenie nie nastąpiło w formie pisemnej. Poza tym wskazano, że prace nie zostały zakończone.

W dniu 5 marca 2013 roku odbyły się odbiory prac przez inwestora. Inwestor stwierdził, że w pracach występują nieprawidłowości. Wszystkie wady i usterki zostały opisane w sporządzonym dokumencie o nazwie „Protokół odbioru-lista usterek obiekt Ł. (...) 5k wynajem, odbiór I, data: 05.03.2013”. Wskazane w protokole wady i prace niewykonane dotyczyły również robót objętych zakresem umownym powódki.

W tym samym dniu zostały sporządzone protokoły z przeprowadzonych testów współdziałania instalacji SAP z systemem instalacji sygnalizacji pożarowej w galerii, instalacji automatyki drzwi ewakuacji, systemu sygnalizacji włamania i napadu, detekcji gazu i z systemem instalacji tryskaczowej.

W dniu 15 marca 2013 roku sporządzona została notatka, w której nawiązując do protokołu z dnia 5 marca 2013 roku opisano prace wykonane i niewykonane przez powódkę. M. D. wykonał prace poprawkowe wraz R. K..

Prace związane z instalacją systemu RTV/SAT wykonał na zlecenie powódki R. K.. R. K. wraz z M. D. pracowali przez okres około 6 dni. W dniu 17 marca 2013 roku R. K. wystawił fakturę za wykonanie prac polegających na montażu instalacji RTV. Jako datę zakończenia usługi wskazano na fakturze dzień 17 marca 2013 roku. Faktura wpłynęła do powódki w dniu 24 maja 2013 roku. R. K. wykonywał również prace związane z prostowaniem głośników DSO, gdyż krzywo wisiały.

W dniu 19 marca 2013 roku pozwany za pośrednictwem swojego pełnomocnika poinformował powódkę, że został zmuszony na koszt i ryzyko wykonawcy zrealizować prace związane z wykonaniem przejść przeciwpożarowych, częściowe okablowanie instalacji SAP i DSR. Ponadto kolejne prace instalacyjne w zakresie systemu sygnalizacji pożaru i dźwiękowego systemu ostrzegawczego, jak też wykonanie instalacji centrali, wstępnego oprogramowania instalacji czujek zaplecza i głośników na sali sprzedaży również zostały wykonane przez podmiot zastępczy (...) s.c. A. F. (1), A. F. (2). Wskazał, że rozliczenie dostarczenia urządzeń SAP (czujki dymu, moduły, odbudowy i inne) zostało potwierdzone dostarczoną przez (...) fakturą VAT nr (...) na kwotę 10.000 zł.

Pismami z dnia 24 marca 2013 roku pozwany poinformował powódkę, że pozostające w zakresie wykonawcy prace są realizowane w warunkach wykonawstwa zastępczego. Wskazano, że z przyczyn zależnych od powódki nie doszło do odbioru przedmiotu umowy.

Odbiór prac wykonanych przez powódkę został dokonany przez pozwanego w dniu 26 marca 2013 roku. Z ramienia powódki w odbiorze uczestniczyli: R. R. (1) i M. D.. Firmę (...) reprezentował R. M. i M. Z.. W protokole wskazano, że komisja postanowiła odebrać instalacje DSO,SAP, RTV-SAT i uznać systemy jako nadające się do eksploatacji. Podano, że zakres prac jest określony umową nr (...).

W tym samym dniu pozwany uzyskał własny protokół odbioru końcowego z zaznaczeniem, że przedmiot umowy został wykonany z opóźnieniem wynoszącym 72 dni.

W dniu następnym powódka wystawiła fakturę VAT nr (...). Faktura opiewała na kwotę 358.577,25 zł. Termin zapłaty został wyznaczony na dzień 7 maja 2013 roku (35 dni). Faktura została doręczona pozwanemu w dniu 8 kwietnia.

W tym dniu pozwany przesłał powódce dokumenty w postaci pisma z dnia 8 kwietnia 2012 roku wraz z załącznikami w postaci obciążających powódkę faktur VAT o numerach od 35 do 44, wraz z załączonym do każdej z faktur załącznikiem. W piśmie pełnomocnik pozwanego wskazał, że dopiero obecnie jest w stanie podać wysokość poniesionych kosztów wykonania zastępczego. Podał, że z uwagi na nienależyte wykonanie zobowiązań umownych zmuszony był ograniczać zakres umowy wykonawcy, bowiem w przeciwnym wypadku jeszcze obecnie nie doszłoby do odbioru. Pozwany podał, że przesyła zarówno dokumenty źródłowe, jak też oryginały faktur dokumentujące poniesione koszty. Wskazał, że wydatkował kwotę 129.530,76 zł na zakres robót wykonawcy i wezwał powódkę do uregulowania tej należności na do dnia 11 kwietnia 2013 roku. Podniósł również, że nie zostały zrealizowane prace związane z wykonaniem instalacji przywołania z WC dla niepełnosprawnych za kwotę 2.434,75 zł brutto.

Pozwany przedłożył następujące faktury wystawione w dniu 4 kwietnia 2013 roku:

- fakturę VAT nr (...) na kwotę 189,75 zł, tytułem refaktury za materiały- do faktury załączono fakturę źródłową wystawioną przez (...) Spółka Jawna Żelazny z dnia 23 stycznia 2013 roku. Na fakturze T. J. uczynił zapis, że w dniu 23 stycznia 2013 roku odebrał materiał,

- fakturę VAT nr (...) na kwotę 365,56 zł tytułem refaktury za materiały- do faktury załączono fakturę źródłową wystawioną przez PHU (...). Na fakturze T. J. uczynił zapis, że w dniu 23 stycznia 2013 roku odebrał materiał,

- fakturę VAT nr (...) na kwotę 10.000,01 zł, tytułem refaktury za materiały- do faktury załączono fakturę źródłową wystawioną przez (...) K. J.. Z tytułu faktury wynika, że dotyczy ona dostarczenia na budowę urządzeń SAP (czujki dymu, moduły, obudowy i inne),

- fakturę VAT nr (...) na kwotę 11.070,00 zł, tytułem refaktury z tytułu uruchomienia systemu DSO wraz z pomiarami akustycznymi - do faktury załączono fakturę źródłową wystawioną przez firmę Usługi (...) (na fakturze Ł. W. pokwitował odbiór kwoty 9.000,00 zł, „uczyniona została adnotacja 2.070,00 przelew 20.02.13") oraz zlecenie z dnia 17 stycznia 2013 roku na uruchomienie systemu DSO wraz z pomiarami akustycznymi. W zleceniu podano termin realizacji do dnia 29 stycznia 2013 roku oraz podano, że prace wykonywane są w ramach wykonawstwa zastępczego prac częściowych wykonywanych przez firmę (...). Nadto przedłożono zestawienie wartości wykonanych robót oraz protokół odbioru końcowego z dnia 29 stycznia 2013 roku,

- fakturę VAT nr (...) na kwotę 18.991,20 zł, tytułem refaktury z tytułu uruchomienia instalacji SAP, prac serwisowych i naprawy usterek- do faktury załączono fakturę źródłową wystawioną przez firmę Usługi (...) oraz zlecenie z dnia 1 lutego 2013 roku na uruchomienie instalacji SAP oraz wykonanie drobnych prac naprawczych, zestawienie wartości wykonanych robót i protokół odbioru końcowego,

- fakturę VAT nr (...) na kwotę 27.060,00 zł na kwotę 27.060,00 zł tytułem refaktury z tytułu wykonania prac instalacyjnych SAP i DSO- do faktury załączono fakturę źródłową wystawioną przez A. F. (2) na kwotę 27.060,00 zł. z dnia 28 lutego 2013 roku, zlecenie z dnia 25 stycznia 2013 roku oraz protokół odbioru końcowego wraz z zestawieniem wartości wykonanych robót,

- fakturę VAT nr (...) na kwotę 24.255,60 zł tytułem refaktury za częściowe okablowanie instalacji SAP i DSO- do faktury załączono fakturę źródłową wystawioną przez Przedsiębiorstwo Budownictwa (...) sp. z o.o. na kwotę 24.255,60 zł tytułem zwrotu za częściowe okablowanie instalacji SAI i DSR,

- fakturę VAT nr (...) na kwotę 3.936,00 zł tytułem refaktury za wynajem podnośnika- do faktury załączono fakturę wystawioną przez (...) S.A. z tytułu wynajmu podnośników za miesiąc luty 2013 roku,

- fakturę VAT nr (...) na kwotę 8.339,40 zł tytułem refaktury za naprawę linii głośnikowych - do faktury załączono refakturę wystawioną przez T. W., protokół odbioru końcowego, zestawienie wartości wykonanych robót oraz zlecenie z dnia 15 marca 2013 roku, w którym wskazano że naprawa linii głośnikowych następuje zgodnie z zaleceniami listy usterkowej z dnia 5 marca 2013 roku,

- fakturę VAT nr (...) na kwotę 25.323,24 zł tytułem refaktury za naprawę linii głośnikowych - do faktury załączono refakturę wystawioną przez T. W., protokół odbioru końcowego, zestawienie wartości wykonanych robót oraz zlecenie z dnia 20 marca 2013 roku, w którym wskazano, że naprawa linii głośnikowych następuje zgodnie z zaleceniami listy usterkowej z dnia 5 marca 2013 roku.

Pozwany dokonał zapłaty kwot wynikających z wystawionych przez kontrahentów faktur.

Pismem z dnia 10 kwietnia 2013 roku pozwany poinformował powódkę, że od wynagrodzenia wykonawcy winna zostać odjęta kwota 874,57 zł netto stanowiąca równowartość korzystania z mediów. Dodatkowo wobec niewykonania przez powódkę przejść dotyczących zabezpieczeń przeciwpożarowych od wynagrodzenia winna zostać odjęta kwota 375 zł netto. Z tytułu obciążenia powódki kosztami mediów pozwany wystawił w dniu 19 kwietnia 2013 roku fakturę VAT nr (...). Termin zapłaty został wyznaczony na dzień 6 maja 2013 roku.

Pismem z dnia 15 kwietnia 2013 roku pozwany przedstawił wyliczenie przysługujących mu należności. Wskazał, że składa oświadczenie o potrąceniu kwoty mu przysługującej z tytułu kosztów wykonania zastępczego z wierzytelnością powódki wynikającą z faktury VAT nr (...) z dnia 27 marca 2013 roku w kwocie 358.577,25 zł., co oznacza, że do zapłaty na rzecz wykonawcy winna pozostać kwota 229.046,49 zł. Nadto oświadczył, że wykonawca nie zrealizował całości pozostających w jego zakresie robót, związanych z wykonaniem przywołania z WC dla niepełnosprawnych na kwotę 1.979,47 zł netto (2.434,75 zł brutto), wykonaniem zabezpieczeń przeciwpożarowych przejść kablowych przez ściany oddzielenia pożarowego na kwotę 375 zł netto (461,26 zł brutto). Pozwany podniósł również, że wykonawca nie uiszczył wynagrodzenia za korzystanie z mediów wysokości 1.075,72 zł brutto. Wskazał, że łącznie opisane należności wynoszą 3.971,73 zł brutto. Pozwany złożył oświadczenie o potrąceniu swoich wierzytelności z wierzytelnością powódki i wskazał, że na skutek oświadczenia należność wykonawcy ulega zmniejszeniu do kwoty 225.074,76 zł.

Pismem z dnia 22 kwietnia 2013 roku pozwany naliczył powódce karę umowną w kwocie 96.816,06 zł za 54 dni opóźnienia w realizacji robót.

Pismem z dnia 24 kwietnia 2013 roku powódka ustosunkowała się do otrzymanej od pozwanego korespondencji i faktur z tytułu wykonawstwa zastępczego.

W piśmie z dnia 26 kwietnia 2013 roku pozwany złożył oświadczenie o potrąceniu wzajemnych wierzytelności. Pozwany podał, że pismem z dnia 15 kwietnia 2013 roku złożył oświadczenie o potrąceniu wzajemnych wierzytelności, w wyniku którego należność pozostała do zapłaty z tytułu faktury VAT nr (...) wynosi 225.074,76 zł. Następnie wskazał, że dokonuje potrącenia wierzytelności powódki ze swoją wierzytelnością z tytułu kar umownych wyliczonych z okresu od dnia 30 stycznia 2013 roku do dnia 25 marca 2013 roku w wysokości 96.816,06 zł. podał, że w skutek dokonanego potrącenia należność wykonawcy ulega zmniejszeniu do kwoty 128.258,70 zł.

Pismem z dnia 29 kwietnia 2013 roku pełnomocnik pozwanego zaprzeczył, że wszelkie roboty zostały ukończone w połowie lutego. Poza tym pełnomocnik pozwanego powołał się na § 37 umowy i wskazał, że wykonawca zobowiązany był do ustanowienia dodatkowej kaucji gwarancyjnej w wysokości 35.857,72 zł.

W dniu 10 maja 2013 roku pozwany dokonał częściowej zapłaty należności wynikającej z faktury wystawionej przez powódkę z wykonane prace. W poleceniu przelewu na kwotę 92.400,98 zł pozwany wskazał, że pomniejszenie wierzytelności powoda wynika z kary umownej, kaucji, dokumentów o nr 35,36,37,38,39,40,41,42,43,44.

W dniu 15 maja 2013 roku powódka bezskutecznie wezwała pozwanego do zapłaty należności w wysokości 266.176,27 zł wraz z ustawowymi odsetkami. W uzasadnieniu pisma wskazano, że żądana kwota dotyczy nieuregulowaną należność wynikającą z faktury VAT nr (...) z dnia 2 kwietnia 2013 roku.

Powódka wystąpiła do każdego z wystawców faktur z tytułu wykonawstwa zastępczego o wyjaśnienie podstawy wystawienia faktur i przedstawienie dokumentów. Żaden z adresatów nie udzielił powódce odpowiedzi z wyjątkiem firmy (...) s.c., która odmówiła udzielenia wyjaśnień. Powódka zwróciła się również do T. J. przedstawiając mu listę materiałów dostarczonych na budowę do złożenia oświadczenia dotyczącego ilości materiałów dostarczonych, wbudowanych i zwróconych.

W dniu 25 lipca 2013 roku Sąd Rejonowy w Olsztynie w sprawie I Ns 706/13 z wniosku Przedsiębiorstwa Budownictwa (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w O. z udziałem stron niniejszego procesu, zezwolił wnioskodawcy na złożenie do depozytu sądowego kwoty 266.176,27 zł tytułem wynagrodzenia z wykonane roboty budowlane nr (...) zawartej pomiędzy wnioskodawcą a R. M., którą to kwotę należy wypłacić dla uczestnika ad. 1 lub ad.2 po wykazaniu przez jednego z nich prawa do wierzytelności.

W dniu 14 listopada 2013 roku Komendant Miejskiej Państwowej Straży Pożarnej w Ł. w odpowiedzi na pismo powódki z dnia 15 października 2013 roku wskazał, że w dniu 7 lutego 2013 roku po przeprowadzeniu czynności kontrolnych Państwowa Straż Pożarna w Ł. wydała stanowisko nie wnoszące sprzeciwu ani uwag w sprawie uzyskania pozwolenia na użytkowanie obiektu. Pierwotne stanowisko w zakresie ochrony przeciwpożarowej, wydane w dniu 24 stycznia 2013 roku wnosilo sprzeciw w sprawie uzyskania pozwolenia na użytkowanie obiektu.

W tych okolicznościach faktycznych Sąd Okręgowy uznał powództwo oparte o treść art. 647 k.c. za uzasadnione w części.

Wskazał, że z zebranego materiału dowodowego wynika, iż w dniu 26 marca 2013 roku został sporządzony protokół bezusterkowego odbioru robót. Analiza treści protokołu prowadzi do wniosku, że powódka wykonała wszystkie prace objęte obowiązkiem umownym. Zgodnie z postanowieniami umowy uzyskanie protokołu uprawniało powódkę do wystawienia faktury VAT obejmującej umówione przez strony wynagrodzenie ryczałtowe. W tym kontekście stwierdził, że powódka udowodniła, iż wykonała swój obowiązek oddania przedmiotu umowy. Z definicji legalnej umowy o roboty budowlane wynika natomiast wprost, że protokół odbioru robót i przyjęcie tych robót determinuje obowiązek zapłaty.

Sąd miał na uwadze, że strona pozwana odmawiając zapłaty całości wynagrodzenia wynikającego z umowy podniosła w procesie zarzut nieistnienia zobowiązania.

Następnie Sąd przytoczył treść art. 483 § 1 k.c. wskazując, że z materiału dowodowego sprawy wynika, że powódka zaczęła realizować przedmiot umowy z początkiem stycznia 2013 roku. Sama powódka nie kwestionowała tej okoliczności podnosiła jednak, że nie ponosi odpowiedzialności za tak późne rozpoczęcie robót, gdyż umowa zawarta została w innej dacie niż widniejąca na umowie. Zdaniem Sądu ta okoliczności nie miała jednak znaczenia dla obowiązku umownego strony odnoszącego się do zakończenia prac w terminie. Skoro strona powodowa na etapie zawierania umowy miała wątpliwości co do wskazanej w tekście daty jej zawarcia, ale wówczas nie zakwestionowała przyjętego w umowie terminu rozpoczęcia i zakończenia prac, podnoszenie takiego zarzutu dopiero na etapie procesu sądowego jawi się tylko jako chęć uniknięcia odpowiedzialności za nieterminowe wykonanie umowy. Poza tym powódka nie wskazała żadnych przekonujących argumentów, które usprawiedliwiałyby brak podjęcia robót w okresie od 17 grudnia do początku stycznia 2013 roku.



Sąd I instancji podkreślił też, że umowa z podwykonawcą zawarta została dopiero w dniu 17 grudnia, co również skracало przyjęty w umowie czas na realizację zadania. O opóźnieniu prac z przyczyn leżących po stronie powódki świadczy również data umowy dzierżawy na wynajem podnośników, która zawarta została dopiero w dniu 10 stycznia 2013 roku, a więc prawie miesiąc po podpisaniu umowy. Wszystko to oznacza, że powódka rozpoczęła wykonywanie umowy z opóźnieniem, zaś podnoszone przez nią okoliczności związane z rozpoczęciem prac po terminie umownym nie są okolicznościami niezależnymi od powódki, za które nie ponosi odpowiedzialności.

W ocenie Sądu materiał dowody jednoznacznie potwierdza, że powódka wykonywała prace opieszale. Analiza pism kierowanych przez pozwanego do powódki wskazuje, że począwszy od 4 stycznia 2013 roku pozwany wielokrotnie wzywał powódkę do zintensyfikowania robót. Początkowo pisma te kierował sam pozwany, zaś później jego pełnomocnik. Z pism tych wynika, że odbywały się spotkania na budowie, sporządzane były notatki koordynacyjne, w których wzywano powódkę do zastosowania się do wcześniejszych ustaleń dotyczących tempa prac. Jak wynika z materiału sprawy powódka nigdy nie przygotowała harmonogramu wykonywania robót, co stanowiło jej obowiązek wynikający z umowy. Nie wykazano również, na co wskazywała powódka, że to pozwany nie przedstawił jej odpowiednich danych do sporządzenia tego harmonogramu.

Sąd zważył dalej, że powódka, nie kwestionując swojego opóźnienia w realizacji prac podnosiła, że opóźnienie było następstwem okoliczności, które miały miejsce na budowie, a za które nie ponosi odpowiedzialności. W piśmie z dnia 14 kwietnia 2013 roku R. R. (1) wymieniał przyczyny opóźnienia wskazując na: nie skończony system tryskaczy, do którego powódka miała się podłączyć, nie skończona centralka (...) dozoru kłapy odcinające system wentylacji, do której powódka miała podłączyć system pożarowy, nie działający system detekcji gazu, do którego powódka miała podłączyć system pożarowy, brak wszystkich klap oddymiających, które miały być sterowane z systemu pożarowego, konieczność wysterowania trzymaczy drzwiowych i dokupienia dodatkowych elementów systemu pożarowego. Powódka nie wykazała jednak, że konieczność wykonania tych prac opóźniła roboty powódki i o jaki okres. Pomimo, że podczas przesłuchania R. R. (1) wskazywał na te okoliczności, jako opóźniające prace, to w ocenie Sądu powódka winna była zaprezentować obiektywny dowód, z którego wynikałby fakt, że wskazywane sytuacje wystąpiły i utrudniły terminowe wywiązanie się z robót.

Odnosząc się do opóźnień w wykonaniu instalacji RTVSAT powódka stała na stanowisku, że nikt nie był w stanie do dnia 8 lutego 2013 roku wskazać powódce, gdzie ma zainstalować gniazdko końcowe instalacji. Okoliczność związana ze zmianą lokalizacji gniazdek została potwierdzona przez świadka R. R. (2). Z zeznań tych nie wynika jednak, czy brak wskazania lokalizacji gniazdek opóźnił roboty powódki i o ile. Poza tym świadek zeznał, że powódka generalnie opóźniała się z pracami, co groziło terminowej realizacji inwestycji. Poza tym nie znalazła odzwierciedlenia w materiale sprawy okoliczność, że powódka od początku obowiązywania umowy wskazywała na konieczność wykonania projektu zamiennego odnośnie instalacji RTV. Bezsporne jest natomiast, że powódka rozpoczęła prace związane z montażem RTVSAT już po terminie wynikającym z umowy.

Sąd uznał, że nieterminowego wykonania montażu wymienionej instalacji nie usprawiedliwia fakt, że w styczniu miały miejsce odbiory przez Straż Pożarną dwóch instalacji i w związku z tym powódka skupiła się na tych robotach związanych z instalacjami SAP i DSO. Poza tym nie znajdowały pokrycia w materiale sprawy twierdzenia powódki o porozumieniu z pozwanym odnośnie uzgodnień o skupieniu się na wykonywaniu instalacji SAP i DSO i odsunięciu wykonywania instalacji RTV i SAT na dalszy plan. Wręcz przeciwnie, pozwany, w dniu umownego terminu zakończenia robót, zwracał powódce uwagę na fakt nierozpoczęcia montażu wymienionej instalacji. Powódka będąc profesjonalistą winna była przygotować odpowiednie zasoby ludzi i sprzętu pozwalające jej na równoległe prowadzenie prac. Powódka nie wykazała, że takich prac prowadzić nie mogła.

W konsekwencji stwierdził, że powódka nie zdołała wykazać, że nie ponosi winy w zakończeniu prac po terminie wynikającym z umowy.

Sąd Okręgowy argumentował kolejno, że powódka stała na stanowisku, iż wszystkie roboty zakończone zostały w dniu 28 lutego 2013 roku, kiedy to mailem zgłosiła zakończenie prac i wezwała pozwanego do przystąpienia do

czynności odbiorowych. Materiał sprawy wskazuje, że wówczas pozwany nie przystąpił do odbioru, gdyż prace nie zostały zakończone i powódka nie przygotowała odpowiednich dokumentów. Z treści protokołu odbioru z dnia 5 marca 2013 roku wynika, że nie wszystkie prace będące w zakresie umownym powódki zostały wówczas wykonane. Również notatka z dnia 15 marca 2013 roku nie potwierdza wykonania wszystkich robót objętych umową. Powódka nie wykazała dokładnej daty zakończenia prac przez R. K.. Z treści faktury wystawionej przez ten podmiot wynika, że prace podwykonawca powódki zakończył dopiero w dniu 17 marca 2013 roku. świadek M. D. wskazał, że na budowie w lutym był obecny codziennie, zaś w połowie marca prowadził prace dodatkowe- poprawki.

Skoro powódka nie wykazała w jakiej dacie zakończyła wykonywanie prac wymienionych w notatce z dnia 15 marca 2013 roku i kiedy zgłosiła zakończenie wszystkich robót pozwanemu, przyjmując należało, że data 26 marca 2013 roku, jako data odbioru wykonanych przez powódkę robót, stanowi dzień zakończenia prac.

Tak więc w ocenie Sądu uzasadnione było obciążenie powódki karą umowną na podstawie pkt 16 umowy. Kara umowna stanowi 0,5 % wynagrodzenia brutto za każdy dzień opóźnienia ( $358.577,25 \text{ zł} \times 0,5 \% = 1792,88 \text{ zł}$  dziennie), tj. 96.815,85 zł. i o taką kwotę pomniejszeniu podlegało należne jej wynagrodzenie.

Za nieuzasadnione Sąd Okręgowy uznał żądanie powódki miarkowania kary umownej z uwagi na wykonanie zobowiązania, brak szkody pozwanego oraz jej rażące wygórowanie, gdyż stanowi ona 1/3 wynagrodzenia netto powoda. W szczególności wskazał, że kara umowna w okolicznościach niniejszej sprawy nie była rażąco wygórowana. Naliczona przez pozwanego kara umowna dotyczy opóźnienia w wykonaniu robót budowlanych. Powódka, zgodnie z postanowieniami umowy miała wykonywać przedmiot umowy przez okres około 1,5 miesiąca (od dnia 17 grudnia 2012 roku do dnia 29 stycznia 2013 roku), zaś faktycznie zakończyła je dopiero w dniu 26 marca 2013 roku, a więc po upływie niemalże dwóch miesięcy po terminie umownym. Biorąc pod uwagę fakt, że powódka rozpoczęła prace ze znacznym opóźnieniem, przez cały okres trwania umowy prowadziła prace opieszale, zaś część robót zaczęła wykonywać już po terminie umownym, a więc oceniając sposób realizacji prac przez powódkę, Sąd Okręgowy uznał, że kara w wysokości ustalonej przez strony w umowie będzie spełniała w należyty sposób swoją funkcję i nie doprowadzi do nieuzasadnionego wzbogacenia wierzyciela.

Jednym z kryteriów branych pod uwagę przy ocenie wysokości kary umownej jest stopień winy dłużnika. Powódka nie wykazała, że chociażby wykonanie części prac po terminie było niezależne od niej, co również miałyby ewentualny wpływ na miarkowanie kary.

Odmawiając zapłaty kwoty 129.530,76 zł i składając w tym zakresie zarzut potrącenia pozwany upatrywał podstawy swojej wierzytelności w obowiązku odszkodowawczym powódki w postaci naprawienia szkody wywołanej nienależytym wykonaniem zobowiązania. Pozwany dowodził, że poniósł koszty wykonania zastępczego robót, koszty materiałów budowlanych wchodzących z zakres umowy powódki i koszty wynajmu podnośników, z których korzystała powódka przy realizacji robót. Poza tym pozwany dążył do obniżenia wynagrodzenia o kwotę 2.434,75 zł tytułem niewykonania robót związanych z wykonaniem instalacji przywołania z WC, o kwotę 461,26 zł za niewykonanie przejść przeciwpożarowych oraz o kwotę 1.075,72 zł za media.

Źródłem odpowiedzialności odszkodowawczej powódki był art. 471 § 1 k.c. Sąd uznał, że pozwany nie wykazał przesłanek tej odpowiedzialności. Pozwany stał na stanowisku, że od początku prace powódki przebiegały w nienależyty sposób, powódka nie była zaangażowana w realizację umowy i w związku z tym zaistniała konieczność powierzenia robót innym wykonawcom w zastępstwie powódki. Powódka przeczyła temu podnosząc, że wszystkie prace objęte zakresem umownym zostały wykonane przy pomocy podwykonawców- firmy (...) K. J. oraz firmy PHU (...).

Sąd uznał, iż z treści umowy łączącej strony wynika, że pozwany mógł powierzyć wykonywanie prac podmiotom trzecim w zakresie przez siebie określonym w sytuacji, gdy wykonawca prowadził roboty w sposób nienależyty lub sprzeczny z harmonogramem robót lub z umową. Na pozwanym spoczywał obowiązek uprzedniego wezwania

powódki do zmiany sposobu wykonania umowy i wyznaczenia odpowiedniego terminu na przywrócenie należytego wykonywania umowy.

W styczniu pozwany skierował do powódki dwa pisma informującego powódkę o wprowadzeniu wykonawstwa zastępczego. Pierwsze pismo noszące datę 23 stycznia 2013 roku dotyczyło wprowadzenia ekipy monterów niskoprądowych. Pismo to spotkało się z natychmiastową reakcją powódki, która dążyła do uzyskania informacji o zakresie prac powierzonych tym osobom i miejscu montażu. Pismem z dnia 30 stycznia 2013 roku pozwany poinformował powódkę, że pokrywa koszty ekipy wykonującej rozruch, programowanie i koordynację DSO i SAP. O konieczności powierzenia robót podwykonawcom pozwany informował powódkę również w lutym 2013 roku. Sąd wskazał, że pozwany informując powódkę o powierzeniu robót podmiotom trzecim nie wskazywał ani szczegółowego zakresu tych robót ani nie wymieniał nazw podmiotów, którym prace powierzał.

Informacja pozwanego o zamiarze powierzenia robót polegających na montażu instalacji RTV i SAT innemu podmiotowi spotkała się z natychmiastową reakcją powódki, która zapewniła samodzielne wykonanie robót i roboty te bezspornie wykonała.

W ocenie Sądu istnieją rozbieżności pomiędzy pismami kierowanymi do powódki przez pozwanego, dotyczącymi omawianego problemu, a dokumentacją, którą przedłożył pozwany celem wykazania zasadności potrącenia. Pierwsze pismo informujące o wykonawcy zastępczym pozwany skierował do powódki w dniu 23 stycznia 2013 roku i dotyczyło ono wprowadzenia na budowę monterów niskoprądowych. Z przedłożonego przez pozwanego zlecenia dla firmy Usługi (...) wynika natomiast, że pozwany zlecił prace w zastępstwie powódki już w dniu 17 stycznia 2013 roku i dotyczyły one robót polegających na uruchomieniu systemu DSO i pomiarów akustycznych. Pozwany, wbrew postanowieniom umownym, nie poinformował więc powódki, o zleceniu tego typu prac.

Sąd wskazał, nadto, że z dokumentów mających na celu wykazanie poniesionych przez pozwanego kosztów wykonawstwa nie wynika, że zakres prac wykonywanych przez wykonawców zastępczych pokrywał się z zakresem prac umownych powódki. Dokumenty w postaci zleceń, protokołów odbioru końcowego, zestawień wartości wykonanych robót w sposób ogólny wskazują na przedmiot robót. Poza tym stwierdzenie zawarte w zleceniach, że prace wykonywane będą w ramach wykonawstwa zastępczego za firmę (...) nie stanowi dowodu, że w istocie prace te pokrywały się z pracami powódki.

Nie uszło uwadze Sądu, że w protokole z dnia 26 marca 2013 roku pozwany skwitował wykonanie prac przez powódkę. Z treści protokołu wynika, że to powódka wykonała prace objęte umową. Na protokole nie naniesiono żadnych uwag wskazujących na to, że część prac objętych obowiązkiem umownym powódki wykonały inne podmioty. Zgodnie natomiast z zasadami doświadczenia życiowego, gdyby jedna trzecia robót objętych umową w istocie wykonana została przez inny podmiot, to niewątpliwie taka adnotacja znalazłaby się w protokole odbioru.

Sąd zważył, że w materiale sprawy znajduje się notatka z dnia 23 stycznia 2013 roku podpisana przez przedstawicieli stron świadcząca o wykonaniu na ten dzień prawie w całości prac w zakresie instalacji SAP i DSO przez powódkę. Sąd zwrócił uwagę również na maila z dnia 15 lutego 2013 roku, do którego pozwany przedstawił uwagi na dzień 14 lutego 2013 roku. Z maila tego w żaden sposób nie wynika, aby instalacje DSO i SAP wykonywał inny podmiot aniżeli podwykonawca powódki.

Powódka podważyła skutecznie stanowisko pozwanego, że faktury VAT nr (...) roku wystawione jako refaktury za zakup materiałów potrzebnych do realizacji zadania winny ją obciążać. Powódka przedstawiła bowiem fakturę VAT nr (...) wystawioną przez (...), z której wynika, że podwykonawca ujął na tej fakturze te same materiały, która następnie znalazły się na refakturze pozwanego. Nadto powódka wykazała, że dokonała zapłaty na rzecz podwykonawcy za dodatkowe materiały nabyte przez tego podwykonawcę. Nie wykazano w ocenie Sądu, że refaktura nr 37/2013 roku dotyczyła materiałów, które były niezbędne do realizacji umowy i winny obciążać powódkę. Faktura źródłowa (...) nie zawiera żadnej specyfikacji, na podstawie której można byłoby ustalić, jakie materiały w istocie zostały przez (...) zakupione, a których to nie dostarczyła powódka.

Sąd uznał, że słusznie również powódka wskazywała, że umowa z firmą (...) wyznaczała termin trzech dni na powiadomienie powódki o brakach materiałowych. Powódka podniosła, że nigdy takiego pisma od swojego podwykonawcy nie otrzymała.

W ocenie Sądu powódka podważyła również skutecznie zasadność obciążenia jej fakturą VAT nr (...) za uruchomienie systemu DSO. Powódka stała na stanowisku, że pomiary akustyczne zostały przez nią już wcześniej wykonane, na co przedłożyła protokoły. Zdaniem Sądu pozwana nie wykazała, że prace wykonane przez T. W., objęte fakturą nr (...) z dnia 30 stycznia 2013 roku pokrywały się z pracami umownymi powódki.

Przekonujące były dla Sądu wywody powódki odnośnie prac stwierdzonych refakturami nr (...) i nr (...). Powódka słusznie wskazywała, że biorąc pod uwagę daty zleceń i wystawienia faktur przez wykonawców zastępczych uznać należałoby, że uruchomienie instalacji SAP i naprawa usterek nastąpiły zanim instalacja SAP w ogóle została wykonana, co jak wynika z faktury wystawionej przez (...) s.c. nastąpiło dopiero w dniu 28 lutego 2013 roku. Wobec tego stwierdził, że również w tym przypadku istnieją uzasadnione wątpliwości, co do faktu, czy wykonawcy zastępczy w istocie wykonywali prace należące do powódki i nie zostały one rozwiązane przez pozwanego w toku procesu.

Wątpliwości budziły również refaktury nr (...) i (...). Faktura nr (...) dotyczyła prac związanych instalacją SAP i DSO. Z faktury tej nie wynika szczegółowy opis prac i zakupionych materiałów. Poza tym prace objęte fakturą F (...) z dnia 17 lutego 2013 roku dotyczyły tych samych robót, również związanych z uruchamianiem instalacji SAP.

Odnosząc się do refaktury VAT nr (...) Sąd wskazał, że dotyczyła na okablowania instalacji SAP i DSO. Słusznie powódka zwróciła uwagę na to, że z zaakceptowanego przez przedstawiciela pozwanego protokołu z dnia 23 stycznia 2013 roku wynika, że prace montażowe na dzień sporządzenia protokołu wykonane były w 95-100 %, zaś po 23 stycznia 2013 roku prace nadal były prowadzone przez podwykonawcę powódki, aż do 7 lutego.

Sąd miał na uwadze, że firma (...) K. J. odstępując od umowy pismem z dnia 7 lutego 2013 roku wskazała, że system SAP i DSO wraz z integracją z innymi systemami zostały wykonane. Z treści pisma wynika, że na dzień 7 lutego 2013 roku nie została wykonana jedynie dalsza instalacja systemów przywoławczych oraz RTV AGD. Poza tym mail z dnia 14 lutego 2013 roku zawierający wykaz prac niewykonanych wskazuje, że prace, które winna wykonać powódka a związane z instalacjami SAP i DSO miały charakter prac wykończeniowych.

Faktura VAT nr (...) wystawiona przez (...) w dniu 6 marca 2013 roku za częściowe okablowanie instalacji SAI i DSR również budzi wątpliwości, co do związku prac w niej wyszczególnionych z pracami umownymi powódki.

Sąd podzielił również wątpliwości powódki odnośnie obciążenia jej należnością z refaktury nr (...) za wynajem podnośników. Powódka przedstawiła bowiem umowę najmu i wykazała, że posiadała swoje podnośniki. M. D. zeznał, że podnośniki wynajęte przez powódkę znajdowały się na budowie do końca lutego 2013 roku. Pozwany zaś nie wykazał, że powódka korzystała w trakcie robót z podnośników będących w jego posiadaniu.

Umowa stron przewidywała również zasady informowania powódki przez pozwanego o usterkach w wykonywanych robotach. Na podstawie pkt 33 umowy pozwany zobowiązany był do informowania powódki o nieprawidłowym wykonywaniu umowy oraz do wyznaczenia terminu na usunięcie wad. Dopiero zaś w przypadku zwłoki w usunięciu wad posiadał uprawnienie do zastępczego usuwania wad. Sąd zważył, że w aktach sprawy znajduje się pismo z dnia 14 lutego 2013 roku, gdzie wskazano na roboty do wykonania i usterki do usunięcia oraz pismo z dnia 5 marca 2013 roku, w którym inwestor wyszczególnił usterki. Pozwany nie przedstawił żadnych dowodów świadczących o tym, że powódka nie zastosowała się do wymienionych w pismach uwag.

Nie wykazano w ocenie Sądu, że zaistniała konieczność naprawy linii głośnikowych wykonanych przez powódkę. Brak jest dowodów wskazujących na to, że obciążenie stwierdzone w refakturach nr (...) i (...), pozostawało w związku z pracami wykonywanymi przez powódkę.

Powódka nie otrzymała od pozwanego i podmiotów trzecich szczegółowych informacji o zakresie prac wykonywanych przez wykonawców zastępczych. Budzi zdziwienie, że pozwany w trakcie realizacji umowy prowadząc przecież bogatą korespondencję z powódką nie przedstawił powódce ani nazw firm, które wykonywały roboty w zastępstwie powódki, ani żadnej dokumentacji, która pozwoliłaby powódce na bieżąco ustosunkowywać się do ponoszonych przez pozwanego kosztów związanych z realizacją prac należących w ocenie pozwanego do zakresu umownego powódki. Taką dokumentację pozwany przedłożył dopiero po wystawieniu przez powódkę faktur i była ona na tyle ogólna, że nie pozwoliła na zweryfikowanie przez Sąd, że prace wykonawców zastępczych odpowiadały pracom niewykonanym przez powódkę a wynikającym z umowy łączącej strony.

Biorąc pod uwagę powyższe zarzut pozwanego, co do obciążenia powódki kwotą 129.530,76 zł tytułem odszkodowania za wykonanie zastępcze, koszt materiałów i wynajęcie podnośników Sąd uznał za nieuzasadniony. Sąd nie pomniejszył również wynagrodzenia powódki o koszt niewykonanych przejść przeciwpożarowych oraz niewykonanego przywołania z WC dla niepełnosprawnych. W ocenie Sądu kwoty przedstawione przez pozwaną z tego tytułu do potrącenia nie stanowią szkody pozwanego związanej z niewykonaniem prac przez powódkę. Pozwany nie wykazał, że w związku z niewykonaniem przez powódkę prac w tym zakresie poniósł jakąkolwiek szkodę. Wprawdzie z korespondencji kierowanej przez pozwanego do powódki (k. 82) wynika, że przejścia musiał wykonać inny podmiot w trybie pilnym, to brak jest podstaw aby uznać, że z tego tytułu na pozwanym ciąży, czy ciążyło jakiejkolwiek zobowiązanie. Ponadto jak wynika z korespondencji prowadzonej pomiędzy stronami w tym zakresie, powódka była gotowa, aby wykonać te prace. Nie było wezwania pozwanego do wykonania prac i wskazania terminu na ich wykonanie. R. R. (1) zeznał, że 2 lub 3 przejścia zostały przez powódkę wykonane, powódka wykonała również zabezpieczenia. Bardziej miarodajne w tym zakresie były jednak zeznania M. D., który stwierdził, że przejścia wykonała odrębna firma, która była za te przejścia odpowiedzialna.

Sąd uznał, że bezsporne było, że powódka nie wykonała prac związanych z instalacją przywołania z WC, których wartość została wyceniona przez pozwanego na kwotę 2.434,75 zł. Kwota ta nie może zostać odjęta od ustalonego przez strony wynagrodzenia ryczałtowego, skoro przy ustalaniu wynagrodzenia ryczałtowego strony miały świadomość braku projektu w tym zakresie. Stąd Sąd uznał za uzasadnione twierdzenia R. R. (1), że wykonanie tych instalacji strony wyłączyły z zakresu umownego, nie zmieniając w tym zakresie wysokości wynagrodzenia ryczałtowego. M. D. również zeznał, że instalacji przywołania z WC nie było w projekcie i nie była ona montowana. Poza tym, podpisując protokół odbioru robót pozwany skwitował wykonanie przez powódkę całości prac objętych umową.

Za słuszne Sąd uznał natomiast obciążenie powódki należnościami z tytułu opłat za media zgodnie z pkt 26 umowy. Powódka nie kwestionowała ciężącego na niej obowiązku z tego tytułu. R. R. (1) podczas zeznań stwierdził, że pozwany wystawił fakturę, którą powódka uregulowała. Miarodajnym dowodem na wykazanie faktu zapłaty byłoby przedstawienie dowodu zapłaty. Tak więc nie został wykazany przez powódkę fakt dokonania zapłaty kwoty w wysokości 0,3% wartości kontraktu za dostawę energii, zużycie wody oraz usługę ochrony.

Na podstawie postanowień umowy pozwana uprawniona była do zatrzymania kaucji. W ocenie Sądu przedwczesność żądania dotyczyła jedynie połowy kwoty zatrzymanej kaucji, tj. kwoty 17.928,86 zł, albowiem na dzień orzekania, zgodnie z warunkami umowy, pozwany mógł zatrzymać tylko połowę kaucji (nie upłynął jeszcze okres 36 miesięcy od odbioru robót przez inwestora). Na taki sposób rozliczenia kwoty kaucji wskazywały postanowienia umowy, potwierdził to również R. R. (1) oraz M. D..

Biorąc pod uwagę powyższe Sąd zasądził od pozwanego na rzecz powódki kwotę 150.355,84 zł tytułem należnego jej wynagrodzenia za wykonane prace. Orzeczenie o odsetkach uzasadnił treścią art. 481 k.c.

O kosztach procesu Sąd orzekł na podstawie art. 100 zd. 1 k.p.c.

Apelacje od ww. wyroku wniosły obie strony.

Powódka, po ostatecznym sprecyzowaniu apelacji (k. 935), zaskarżyła wyrok w części oddalającej powództwo ponad kwotę 150.335,84 zł do kwoty 226.354,21 zł., oraz w zakresie rozstrzygnięcia o kosztach procesu, wnosząc o jego zmianę w pkt I przez zasądzenie od pozwanego w miejsce kwoty 150.335,84 zł, kwoty 226 354,20 zł wraz z ustawowymi odsetkami za okres do 31.12.2015r i ustawowymi odsetkami za opóźnienie w transakcjach handlowych za okres po 01.01.2016r. od dnia 08.05.2013r do dnia zapłaty oraz uwzględnienie tej zmiany w zasądzonej wysokości kosztów procesu określonych w pkt III wyroku.

Orzeczeniu zarzuciła:

- sprzeczność istotnych ustaleń sądu I instancji z treścią zebranego w sprawie materiału dowodowego w szczególności wynikającą z treści umowy z dnia 05.12.2012r., że pozwany był uprawniony do zatrzymania części wynagrodzenia jako dodatkowej kaucji gwarancyjnej, w sytuacji, gdy pozwany nie złożył powodowi oświadczenia o potrąceniu części wynagrodzenia jako kaucji gwarancyjnej,

- sprzeczność istotnych ustaleń sądu I instancji z treścią zebranego materiału dowodowego przez przyjęcie, że data protokołu końcowego jest równoznaczna z faktyczną datą zakończenia realizacji umowy, w sytuacji gdy powód zgłaszał do odbioru roboty już w połowie lutego 2013 r.,
- naruszenie prawa materialnego - art. 484 § 2 k.c. przez jego niezastosowanie w sytuacji, gdy umowę wykonano z opóźnieniem ale nie z tak dużym jak to wynika z daty protokołu odbiorczego. Pozwany nie poniósł żadnych ujemnych konsekwencji opóźnienia wykonania robót, opóźnienie w realizacji umowy nie spowodowało opóźnienia w realizacji całej inwestycji p.n. Galeria Handlowa (...), wysokość kary umownej przekracza 1/3 wartość umowy, a opóźnienie w realizacji umowy nie było wyłącznie zawinione przez powoda.

Pozwany zaskarżył wyrok co do pkt I, w zakresie kwoty 148.996, 60 zł., oraz w pkt III, wnosząc o jego zmianę i oddalenie powództwa co do kwoty 148.996, 60 zł wraz z ustawowymi odsetkami, jak też zasądzenie od powódki na rzecz pozwanego kosztów postępowania, a w tym kosztów zastępstwa radcy prawnego za obie instancje, względnie jego uchylenie co do opisanej kwoty i świadczeń ubocznych i przekazanie sprawy Sądowi pierwszej instancji do ponownego rozpoznania, przy uwzględnieniu kosztów postępowania apelacyjnego.

Orzeczeniu zarzucił:

1. naruszenie przepisów postępowania w stopniu mającym wpływ na treść orzeczenia, a mianowicie:

a) art. 207 § 6 k.p.c. art. 271 § 2 k.p.c. poprzez dopuszczenie przez Sąd zawnioskowanych przez powódkę dowodów, a w tym tych z osobowych źródeł dowodowych, kiedy to niezmiennie stanowisko pozwanego było powódce znane już przed wytoczeniem powództwa, a tym samym powódka winna już w pozwie wskazać wszelkie okoliczności faktyczne i dowody dla niej istotne, a nie mogła ograniczyć się do wskazania tego, że zawarła umowę, wykonała ją i nie otrzymała całości wynagrodzenia, a tym samym dopuszczenie nowych dowodów spowodowało zwłokę w przeprowadzeniu postępowania strona ich nie zgłosiła ze swojej winy, a nadto nie wystąpiły inne nadzwyczajne okoliczności,

b) art. 229 k.p.c. poprzez przyjęcie, że Ł. W. nie wykonywał rozruchu systemów DSO i SAP, kiedy to powódka przyznała te okoliczności, a tym samym nie winno to wymagać dowodu,

c) art. 253 k.p.c. poprzez przyjęcie, że powódka udowodniła prawdziwość dokumentu w postaci notatki z 23 stycznia 2013 r., w zakresie w jakim były wskazane tam stany zaawansowania prac, kiedy to faktycznie choćby w zestawieniu z innymi dowodami, a w tym zeznaniami świadków, czy dokumentami należało przyjąć, że dokument sporządzony przez powódkę i przekazany wyłącznie przedstawicielowi pozwanego nie zawiera prawdziwych informacji w kontekście samego stanu zaawansowania bowiem jakoś w ogóle nie była w tym dokumencie opisywana,

d) art. 233 § 1 k.p.c. poprzez czynienie dowolnych ustaleń faktycznych sprzecznych z zasadami logiki i doświadczenia życiowego objawiających się uznaniem, że powódka skutecznie zakwestionowała wszelkie obciążania, a nadto

pozwany ich nie udowodnił, kiedy to Sąd wnikliwie oceniając materiał dowodowy winien dojść do przekonania, (i) że poczynione ustalenia w notatce z 23 stycznia 2013 r. nie odzwierciedlają stanu faktycznego bowiem jak wynika z poszczególnych protokołów przeglądu, korespondencji stron, gdzie pozwany wskazywał na nienależyte wykonanie przedmiotu umowy, potwierdzenia przez powódkę, że inny podmiot realizował prace co najmniej rozruchowe, podobnie jak to, że już 23 stycznia 2013 r. na teren budowy zostało sprowadzonych kilkanaście osób, ilości kierowanych zastrzeżeń terminów wykonywani prac poprawkowych i tym samym przyjąć, że faktycznie na dzień opuszczenia placu budowy przez podwykonawcę stan zaawansowania prac był mniejszy niż ten wykazywany, (ii) że zasadnym było obciążenie powódki wszelkimi wskazywanymi i poniesionymi kosztami bowiem od samego początku powódka nie wykonywała należycie prac i jak sama przyznała prace jej podwykonawca rozpoczął w dniach 5-7 stycznia 2013 r., pozwany skierował 23 stycznia 2014 r. do pracy kilkanaście osób, wszelkie uruchomienia DSO i SAP wykonywał podmiot trzeci na zlecenie pozwanego bowiem żadnych zleceń podmiot ten od podwykonawcy czy powódki nie otrzymał, w trakcie prowadzenia robót ujawniały się dalsze nieprawidłowości, jak te związane z systemem głośników, czy koniecznością ułożenia okablowania w osłonach ogniotrwałych, jak też z oczywistych względów powódka nie interesowała się budową, a jej wizyty były sporadyczne i w ich trakcie nie wykonywała jakichkolwiek prac poprawkowych, czy naprawczych, a wszelkie roboty wykonały podmioty działające na zlecenie pozwanego, czy Generalnego Wykonawcy, (iii) że wersja przedstawiana przez świadków wnioskowanych przez powódkę zasługuje na wiarę, kiedy to świadkowie Ci opierali się w znacznej mierze na notatce z 23 stycznia 2013 r., które nie mogła być dokumentem wiarygodnym, przyznali, że w lutym praktycznie nikt nie wykonywał jakichkolwiek prac, terminy w których rzekomo byli świadkowie znacznie się różniły między poszczególnymi osobami, na budowie przebywał wyłącznie i to sporadycznie M. D., który przekazywał innym świadkom informacje, M. D. nie mógł w marcu wykonywać prac poprawkowych bowiem w marcu nie było jak sam przyznał podnośników, M. F. nie potwierdził tego, że był na budowie w lutym a wyłącznie w marcu 2013 r., gdzie nie mógł wykonywać prac poprawkowych związanych z usytuowaniem głośników bowiem nie było do tego koniecznych podnośników, świadek R. K. wykonywał w rzeczywistości wyłącznie system RTV, a nie inne prace naprawcze, których nie zidentyfikował bowiem rozwiązania w zakresie poprawy głośników zostały przedstawione po tym, jak świadka nie było na budowie (iv) zeznania świadków wnioskowanych przez pozwanego co do zasady nie zasługują na uwzględnienie, kiedy to pozwany przekazywał niezbędne dokumenty, czy środki finansowe na rzecz podwykonawcy przed zakupem podobnych materiałów przez powódkę, powódka jak wynika ze złożonych przez nią faktur o ile te dotyczyły w całości spornej budowy dostarczał materiały w lutym, gdzie nikt ze strony powódki nie pracował, poza monterem RTV i SAT, pozwany z uwagi na mnogość nieprawidłowości, które potwierdził również przedstawiciel inwestora musiał wynająć podmioty trzecie, a nawet takie podmioty zatrudniał generalny wykonawca, powódka przyznała, że nie ułożyła przewodów w korytkach pożarowych, jak też przyznała to, że nie wykonała przejść szczelnych oraz nie wykonała rozruchu instalacji SAP i DSO i tym samym uzasadnione było obciążanie powódki dodatkowymi kosztami (v) że powódka wyłącznie nieterminowo wykonywała prace i usuwała nieprawidłowości, kiedy to powódka przyznała, że co najwyżej na budowie w lutym były trzy osoby z czego dwie wykonywały instalacje RTV i SAT, załączone dokumenty podobnie jak zeznania świadków świadczą o znacznych nieprawidłowościach w realizacji prac,

2. naruszenie przepisów prawa materialnego, a mianowicie:

a) art. 481 § 1 k.c. poprzez błędną wykładnię i przyjęcie, że powódce należą się odsetki do dnia zapłaty, kiedy to wobec złożenia przez Generalnego Wykonawcę do depozytu sądowego odsetki ustawowe najpóźniej z datą wydania postanowienia przez Sąd są powódce nienależne,

b) art. 366 § 1 k.c. poprzez niezastosowania i tym samym nie przyjęcie, że w przypadku dłużników solidarnych spełnienie świadczenia przez jednego z nich powoduje ustanie możliwości dochodzenia odsetek za opóźnienie,

c) art. 65 § 2 k.c. w zw. z § 26 umowy zawartej między stronami poprzez błędną wykładnię i tym samym przyjęcie, że roszczenie związane z pokryciem części kosztów mediów, czy ochrony było uzależnione od uprzedniego przedstawienia dowodów pokrycia tych kosztów przez pozwanego, kiedy strony w umowie ustaliły, że obowiązki te są nie powiązane

z obowiązkami pozwanego z jego umowy i tym samym powódka ponosi te koszty nawet wówczas kiedy pozwany nie przedstawi dowodów spełnienia własnego świadczenia,

d) art. 65 § 2 k.c. w zw. z § 35 umowy poprzez błędną wykładnię i tym samym przyjęcie, że termin zwrotu połowy kaucji gwarancyjnej upływał po 30-dniach od daty odbioru, kiedy to dla zwolnienia kwot zatrzymanych oprócz odbioru konieczne było przedstawienie stanu rozliczeń z podwykonawcami bowiem kwoty zatrzymane również zabezpieczały te roszczenia, a tym samym wobec nie przedstawienia jakichkolwiek dokumentów świadczących o spełnieniu świadczenia na rzecz podwykonawcy zarówno w postępowaniu przedsądowym jak też sądowym termin zwrotu pierwszej części kwot zatrzymanych rozpoczynał swój bieg od następnego dnia od przedawnienia roszczeń podwykonawcy względem pozwanego.

Nadto pozwany wniósł o dopuszczenie dowodu z kserokopii pokwitowania wydanego przez T. J. pozwanemu na kwotę 10.000 zł na okoliczność tego, że w dniu 27 stycznia 2013 r. pozwany przekazał na rzecz podwykonawcy powódki wymienioną należność z przeznaczeniem na zakup materiałów do instalacji niskoprądowych na budowę (...) i na okoliczność tego, że 28 stycznia 2013 r. podwykonawca zobowiązał się wystawić fakturę na rzecz pozwanego.

W piśmie procesowym z dnia 18 sierpnia 2016 r. (k. 931-932) pozwany sprecyzował, że wartość przedmiotu zaskarżenia wynosi 146.562 zł (146.561,85 zł) i co do takiej kwoty pozwany domaga się zmiany zaskarżonego wyroku poprzez oddalenie powództwa. Dodał, że w apelacji nie kwestionował tego, że wobec nie zawarcia aneksu do umowy na wykonanie systemu przywoławczego w WC dla niepełnosprawnych powódce przysługuje wynagrodzenie w kwocie 2.434,75 zł i takie też wynagrodzenie winno być powódce wypłacone.

W odpowiedzi na apelację powódki pozwany wniósł o jej oddalenie apelacji i zasądzenie od powódki na swoją pozwanego kosztów zastępstwa radcy prawnego według norm wskazanych.

Powódka w odpowiedzi na apelację pozwanego wniosła o jej oddalenie i zasądzenie od pozwanego kosztów zastępstwa procesowego za postępowanie w II instancji według norm przepisanych.

### **Sąd Apelacyjny zważył, co następuje:**

Uwzględnieniu i to w niewielkim zakresie podlegała wyłącznie apelacja wniesiona przez pozwanego.

Podkreślenia na wstępie wymaga, że rozstrzygnięcie przedmiotowej sprawy sprowadzało się do oceny zarzutów zgłoszonych w apelacjach stron. Obowiązek rozpoznania sprawy w granicach apelacji (art. 378 § 1 k.p.c.), oznacza zwiążanie sądu odwoławczego zarzutami prawa procesowego (tak Sąd Najwyższy m.in. w uchwale z dnia 31 stycznia 2008 r., sygn. akt III CZP 49/07), za wyjątkiem tego rodzaju naruszeń, które skutkują nieważnością postępowania. Nie dostrzegając ich wystąpienia w niniejszej sprawie, a nadto akceptując argumentację materialnoprawną Sądu I instancji, jak również poczynione przez ten Sąd ustalenia faktyczne (w oparciu o przeprowadzone w sprawie dowody), zadość wymogowi konstrukcyjnemu niniejszego uzasadnienia czyni odwołanie się do tej argumentacji, bez potrzeby jej powielania. Jak słusznie bowiem wskazał Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 8 września 2015 r., I UK 431/14, niepubl., zakres odpowiedniego zastosowania art. 328 § 2 k.p.c. w postępowaniu przed sądem drugiej instancji (art. 391 § 1 k.p.c.) zależy od treści wydanego orzeczenia oraz, w dużym stopniu, od przebiegu postępowania apelacyjnego (np. tego, czy przed sądem apelacyjnym były przeprowadzane dowody), a także od działań procesowych podjętych przez sąd odwoławczy, dyktowanych rodzajem zarzutów apelacyjnych oraz limitowanych granicami wniosków apelacji (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 18 listopada 2005 r., IV CK 202/05, LEX nr 173639). W przypadku, gdy sąd odwoławczy, oddalając apelację, orzeka, jak w niniejszej sprawie, na podstawie materiału zgromadzonego w postępowaniu przed sądem pierwszej instancji, nie musi powtarzać dokonanych już wcześniej ustaleń i ich motywów. Wystarczy stwierdzenie, że przyjmuje je za własne. Także jeżeli sąd drugiej instancji podziela ocenę prawną, jakiej dokonał sąd pierwszej instancji, i uznaje ją za wyczerpującą, wystarczy stwierdzenie, że podziela argumentację zawartą w uzasadnieniu wyroku sądu pierwszej instancji (por. wyroki Sądu Najwyższego z 9 marca 2006 r., I CSK 147/05,



LEX nr 190753; z 16 lutego 2006 r., IV CK 380/05, LEX nr 179977; z 8 października 1998 r., II CKN 923/97, OSNC 1999 Nr 3, poz. 60).

Sąd Apelacyjny za nieuzasadnione uznał w pierwszej kolejności zarzuty pozwanego, dotyczące naruszeń prawa procesowego, w szczególności kwestionujące zakres przeprowadzonego przez Sąd I instancji postępowania dowodowego.

O tym, czy określone twierdzenia faktyczne i dowody zgłoszone zostały przez stronę w terminie rozstrzyga przede wszystkim treść art. 207 k.p.c. w tym § 6 tegoż artykułu, w świetle którego spóźnione są twierdzenia i dowody, których strona nie zgłosiła w pozwie, odpowiedzi na pozew lub dalszym piśmie przygotowawczym. Zaznaczyć przy tym należy, że złożenie dalszego pisma przygotowawczego może nastąpić tylko w warunkach przewidzianych w art. 207 § 3 k.p.c., a zatem na zarządzenie przewodniczącego przed pierwszym posiedzeniem wyznaczonym na rozprawę lub na podstawie postanowienia sądu. Brzmienie art. 207 k.p.c. zostało nadane nowelizacją wprowadzoną ustawą z dnia 16 września 2011 r. (Dz.U.2011.233.1381) i obowiązuje z dniem 3 maja 2012 r. znajdując zastosowanie do postępowań wszczętych po tym dniu. Wskazana nowelizacja wprowadziła regulacje mające na celu zapewnienie sprawności postępowania cywilnego poprzez nałożenie na strony obowiązku możliwie najszybszego przedstawiania dowodów i twierdzeń, koncentrację materiału dowodowego i ograniczenie możliwości nadużywania przez strony uprawnień procesowych, w tym polegających na składaniu pism przygotowawczych. Wyrazem ogólnego kierunku zmian jest dodanie § 2 do art. 6 o brzmieniu: „strony i uczestnicy postępowania obowiązani są przytaczać wszystkie okoliczności faktyczne i dowody bez zwłoki, aby postępowanie mogło być przeprowadzone sprawnie i szybko”. Ustawodawca wprowadził konkretne regulacje, które mają skłaniać strony do przytaczania okoliczności faktycznych i powoływania dowodów we właściwym, najwcześniejszym z możliwych, czasie.

Co do zasady to strony winny we własnym zakresie wykazać inicjatywę i przedstawić niezwłocznie wszystkie okoliczności, co do których powinny sądzić, że są istotne dla rozstrzygnięcia i zaoferować w tym zakresie niezbędny materiał dowodowy. Pisma przygotowawcze, o jakich mowa w art. 207 § 3 k.p.c., mają na celu jedynie dodatkowe wyjaśnienie okoliczności sprawy, ustalenie zakresu okoliczności spornych czy też uszczegółowienia stanowiska strony. Decyzja o złożeniu dalszego pisma przygotowawczego nie może być dowolna, lecz winna zostać uwarunkowana konkretnymi okolicznościami danego przypadku. Zatem powódka już w pozwie winna przedstawić kompleksowo wszystkie okoliczności, przy czym, co zdaje się pozwanemu umykać, obowiązek ten obejmuje wyłącznie kwestie istotne z punktu widzenia prawotwórczych przesłanek dochodzonego przez nią roszczenia (vide: art. 232 k.p.c.). W ocenie Sądu Apelacyjnego brak jest podstaw do nakładania na stronę powodową obowiązku antycypowania treści przyszłej odpowiedzi na pozew, wyłącznie w oparciu o wiedzę pozyskaną o stanowisku przeciwnika przed zainicjowaniem postępowania. Przeciwno tego rodzaju stanowisku przemawia, po pierwsze, brak przepisu procesowego, który nakładałby na stronę obowiązek zgłaszania twierdzeń i dowodów w zakresie okoliczności, które w znaczeniu procesowym jeszcze nie istnieją, po drugie zaś, niemożliwa do zaakceptowania z punktu widzenia zasad: równości procesowej, rozkładu ciężaru dowodu i kontradiktoryjności konsekwencja tego rodzaju poglądu przejawiająca się w oczywistym uprzywilejowaniu pozwanego, który inicjując postępowanie w zakresie roszczeń objętych potrąceniem, dysponowałby już pełnym stanowiskiem powoda w tym przedmiocie. Skoro zatem przedmiotowym zarzutem objęte zostały te twierdzenia i dowody, które powódka zgłosiła w reakcji na odpowiedź na pozew, to nie istniały podstawy do ich pominięcia, bowiem to właśnie wówczas zaktualizowała się procesowa potrzeba ich przedstawienia. Sąd Okręgowy nie naruszył zatem dyspozycji art. 207 § 6 k.p.c. art. 217 § 2 k.p.c. (powołanie w zarzucie art. 271 § 2 k.p.c. potraktować należało w kategoriach omyłki pisarskiej). Na marginesie jedynie Sąd Apelacyjny wskazuje w tej materii, że supozycja pozwanego, iż uwzględnienie tych twierdzeń i dowodów spowodowało zwłokę w rozpoznaniu sprawy jest całkowicie nieweryfikowalna, skoro nie sposób jest precyzyjnie zrekonstruować hipotetycznego czasu trwania postępowania w sytuacji, gdyby zostały one z materiały procesowego wyeliminowane.

Błędnie wywodzi też pozwany naruszenie art. 253 k.p.c. poprzez przyjęcie, że powódka udowodniła prawdziwość dokumentu w postaci notatki z 23 stycznia 2013 r., w zakresie w jakim były wskazane tam stany zaawansowania prac, kiedy to faktycznie należało przyjąć, że dokument sporządzony przez powódkę i przekazany wyłącznie przedstawicielowi pozwanego nie zawiera prawdziwych informacji w kontekście samego stanu zaawansowania.

Sąd Apelacyjny podziela w tym zakresie stanowisko Sądu Okręgowego, że z waloru wiarygodności korzystać winny przede wszystkim te dowody (z dokumentów), które powstały w trakcie współpracy stron, bowiem to one obrazują ich rzeczywiste, nie motywowane potrzebami procesowymi, stanowisko w zakresie okoliczności istotnych dla rozstrzygnięcia sprawy. Wychodząc zaś z tego punktu widzenia, skoro pozwany przyznaje, że dokument ten otrzymał i jednocześnie brak jest utrwalonego na piśmie jego stanowiska w tym przedmiocie skierowanego do powódki, to z punktu widzenia zasad logiki i doświadczenia życiowego brak było podstaw do zakwestionowania waloru dowodowego tego dokumentu zwłaszcza jeśli zważyć, że - wbrew apelacji - znajduje się na nim podpis pracownika pozwanego D. Z.. Skarżąca pomija przy tym to, że notatka ta stanowiła tylko jeden i to nie pierwszoplanowy dowód ustalenia stanu zaawansowania prac w okresie zbliżonym do daty jej sporządzenia (vide: protokół z kontroli instalacji SAP i DSO przez Państwową Straż Pożarną). Skutkiem tego za trafne Sąd ten poczytał treści płynące z rzeczony notatki w zakresie niezbędnym dla prawidłowego ustalenia stanu faktycznego sprawy i bez znaczenia pozostaje tu kwestia tego, że dokument ten nie zawiera informacji, o jakości tychże prac.

Wbrew skarżącemu, Sąd Okręgowy nie naruszył również art. 229 k.p.c., nie uznając za przyznany, a przez to nie wymagający dowodu, faktu wykonywania przez Ł. W. rozruchu systemów DSO i SAP. W aktach sprawy próżno doszukać się bowiem oświadczenia powódki w tym przedmiocie. Formułując tego rodzaju zarzut skarżąca, zapewne w sposób niezamierzony przyznała, że nie przedstawiła wystarczających dowodów wykazujących ww. fakt, skoro pozytywne dla siebie skutki (nieskutecznie) wywodziła z przepisu, który zwalniał ją z obowiązku jego wykazania.

W okolicznościach niniejszej sprawy brak było podstaw do uzupełnienia postępowania dowodowego w zakresie postulowanym w apelacji i to z dwóch równorzędnych przyczyn. Po pierwsze, pozwany wnosił o przeprowadzenie dowodu z kserokopii pokwitowania odbioru kwoty 10.000 zł. przez T. J., która nie posiada cech dokumentu. W judykaturze za utrwalone uznac należy zapatrywanie, że dokumentem w aspekcie przepisów kodeksu postępowania cywilnego o dowodach jest oryginał. Kserokopia - jako odwzorowanie oryginału - może być uznana za odpis dokumentu. Z kolei odpis dokumentu jest dokumentem wskazującym na istnienie dokumentu oryginalnego. Niepoświadczona podpisem strony kserokopia nie jest dokumentem. Warunkiem zatem uznania kserokopii za dokument jest umieszczenie na niej i zaopatrzone podpisem poświadczenie jej zgodności z oryginałem (tak Sąd Najwyższy min. w wyrokach z dnia: 29 kwietnia 2009 r., II CSK 557/08, LEX nr 584200, 3 kwietnia 2009 r., II CSK 459/08, LEX nr 607254, 9 czerwca 2009 r., II CSK 49/09, LEX nr 578039), a takiego poświadczenia brak jest na kserokopii znajdującej się na k. 881 akt. Po drugie, wniosek ten uznac należało za oczywiście spóźniony z punktu widzenia treści art. 381 k.p.c. zgodnie z którym sąd drugiej instancji może pominąć nowe fakty i dowody, jeżeli strona mogła je powołać w postępowaniu przed Sądem I instancji, chyba, że potrzeba ich powołania powstała później. Oczywiście wadliwe twierdzi w tym kontekście pozwany, jakoby potrzeba przedstawienia tego dowodu dopiero w apelacji wyniknęła z faktu zakwestionowania przez Sąd Okręgowy mocy dowodowej przedłożonej faktury. Kwestia wysokości wydatków pozwanego poczynionych na wykonanie prac objętych umową stron od początku procesu była nie tylko sporna, ale i dotyczyła zasadniczych okoliczności faktycznych, w oparciu o które konstruował on swoją linię obrony. Już to tylko wymagało od skarżącego bezwzględnie przedstawienia wszystkich dowodów na okoliczność prawdziwości prezentowanych w tym aspekcie twierdzeń. Odmienny pogląd w tej materii, marginalizowałoby całkowicie znaczenie postępowania przed Sądem I instancji, sprowadzając je w istocie do udzielenia stronom w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku swoistej porady prawnej co dalszych czynności procesowych. Tego rodzaju konstatacji z oczywistych względów, choćby z uwagi na instancyjność postępowania sądowego, podzielić nie sposób. Art. 381 k.p.c. dopuszcza możliwość zgłoszenia nowych twierdzeń, jeżeli potrzeba taka pojawi się na etapie postępowania apelacyjnego, a nie jeżeli potrzebę taką dostrzeże na tym etapie strona, np. z uwagi na zmianę koncepcji prowadzenia sprawy przez jej pełnomocnika, lub dostrzeżone przez niego samego uchybienia w dotychczas podejmowanych czynnościach w zakresie postępowania dowodowego.

Na uznanie nie zasługiwał również zarzut naruszenia art. 233 § 1 k.p.c. Pozwany wskazywał w tym zakresie min., że dowolne są ustalenia, jakoby powódka skutecznie zakwestionowała wszelkie obciążenia, a pozwany ich nie udowodnił, kiedy to Sąd wnikliwie oceniając materiał dowodowy winien dojść do przekonania, że poczynione ustalenia w notatce z 23 stycznia 2013 r. nie odzwierciedlają stanu faktycznego, na dzień opuszczenia placu budowy przez

podwykonawcę stan zaawansowania prac był mniejszy niż ten wykazywany, zasadnym było obciążenie powódki wszelkimi wskazywanymi i poniesionymi kosztami.

W kontekście tak zdefiniowanego zarzutu Sąd Apelacyjny wskazuje – co umknęło stronom jak i Sądowi I instancji - że istotna część linii obrony pozwanego obarczona była zasadniczą wadą prawną, determinującą uznanie jego stanowiska w tym zakresie za nieuzasadnione co do zasady.

Przypomnieć w tym miejscu należy, że odmawiając zapłaty kwoty 129.530,76 zł pozwany powoływał się na zarzut umorzenia wierzytelności powódki do tej kwoty w wyniku przedprocesowego potrącenia wzajemnej wierzytelności odszkodowawczej w wysokości odpowiadającej kosztom wykonawstwa zastępczego. Zgodnie ze stanowiącym materialnoprawną podstawę takiego roszczenia art. 471 k.c., dłużnik obowiązany jest do naprawienia szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania, chyba że niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania jest następstwem okoliczności, za które dłużnik odpowiedzialności nie ponosi. Nie wdając się w zbędne – w realiach niniejszej sprawy – szczegółowe rozważania dotyczące zasad stosowania tego przepisu oczywistym jest, że tak określone - z punktu widzenia jego podstawy faktycznej - przez pozwanego roszczenie a priori zakłada, że powódka umowy w całości nie wykonała, bowiem w innym przypadku nie byłoby potrzeby wykonywania prac nią objętych przez podmioty trzecie. Już tylko z tego punktu widzenia nie może być mowy o tym, aby pozwana mogła przedstawić do potrącenia tak określoną przez siebie wierzytelność. Jeśli bowiem pozwana pierwszoplanowo twierdzi, że umowa w jakiejś części nie została w ogóle wykonana, to twierdzenie takie podlegać może kwalifikacji jako zarzut niewykonania zobowiązania w tej części stanowiący samoistną podstawę odmowy zapłaty adekwatnej części umówionego wynagrodzenia. Nie może być w tym zakresie mowy o istnieniu stanu potrącalności wzajemnych wierzytelności w rozumieniu art. 498 § 1 k.c., bowiem - wedle stanowiska pozwanego - wierzytelność powódki w tym zakresie, w związku z niewykonaniem zobowiązania w ogóle nie powstała. Obowiązkiem pozwanego była wyłącznie zapłata wynagrodzenia ekwiwalentnego do otrzymanego świadczenia wzajemnego. W konsekwencji uznać trzeba, że o ile – jak twierdzi – pozwany zmuszony był wydatkować kwoty na wykonanie zstępcze prac za powódkę, to jego prawidłowe stanowisko procesowe winno polegać na zgłoszeniu podstawowego zarzutu częściowego niewykonania zobowiązania, skutkującego brakiem obowiązku zapłaty w tym zakresie, a dopiero w dalszej kolejności domaganie się w ramach odszkodowania (także w drodze zarzutu umorzenia zobowiązania w wyniku potrącenia) różnicy pomiędzy tym, co za tą niewykonaną część umowy miał powódce zapłacić, a rzeczywiście zmuszony był zapłacić podmiotom trzecim. Jak bowiem wskazano, potrącenie wierzytelności określonej w odpowiedzi na apelację nie było możliwe, skoro nie powstała wierzytelność powódki, w części dotyczącej robót przez nią rzekomo niewykonanych. Prawidłowy i wyłącznie dopuszczalny w świetle powoływanych przez pozwanego faktów sposób jego obrony, w aspekcie dowodowym, winien zatem bezwzględnie polegać na wykazaniu przede wszystkim, jakich prac powódka nie wykonała i jaka była ich wartość (w ramach zarzutu niewykonania zobowiązania skutkującego brakiem obowiązku zapłaty wynikającym z samej umowy). Powódka nie mogła bowiem domagać się więcej niż tego, co stanowi ekwiwalent jej świadczenia. Jeśli zaś w ramach wykonawstwa zastępczego pozwany coś – w stosunku do świadczenia przewidzianego w umowie – nadpłacił, to dopiero tak zdefiniowanej i udowodnionej różnicy mógłby domagać się w ramach odszkodowania.

Zgodnie z art. 498 § 1 k.c., gdy dwie osoby są jednocześnie względem siebie dłużnikami i wierzycielami, każda z nich może potrącić swoją wierzytelność z wierzytelności drugiej strony, jeżeli przedmiotem obu wierzytelności są pieniądze lub rzeczy tej samej jakości oznaczone tylko co do gatunku, a obie wierzytelności są wymagalne i mogą być dochodzone przed sądem lub przed innym organem państwowym. Powołanie się przez pozwanego na zarzut potrącenia z wierzytelnością obejmująca całe należne powódce na podstawie umowy wynagrodzenie oznacza, że powódka umowę tą w całości wykonała. Tymczasem jednak podstawą oświadczenia o potrąceniu potrącenia wierzytelności z tytułu kosztów wykonawstwa zastępczego jest twierdzenie pozwanego, że strona przeciwna wszystkich robót nie zrealizowała. Tak argumentując pozwany w konsekwencji potrącił swoją wierzytelność z wierzytelnością, która w znaczeniu materialnym, jak sam twierdzi, nie istnieje. Już to tylko niweczy w konsekwencji wszelkie wzajemne roszczenia pozwanego z tego tytułu. Skarżący nie wykazał bowiem podstawowej dla oceny tego rodzaju roszczenia odszkodowawczego okoliczności, a mianowicie, jaką kwotę za prace objęte późniejszym wykonawstwem zastępczym

zobowiązany był zapłacić powódce zgodnie z umową. Bez tego nie jest możliwe określenie - jak już wyjaśniono - wysokości powstałej z tego tytułu szkody.

Z analogicznych przyczyn, za nieskuteczny co do zasady uznać należało zarzut potrącenia wierzytelności pozwanej w wysokości równowartości kwot przekazanych podwykonawcy powódki na zakup materiałów. W oparciu o takie twierdzenie faktyczne linia obrony pozwanego polegać mogła wyłącznie na zgłoszeniu zarzutu spełnienia świadczenia, bowiem kwoty przekazane podwykonawcy stanowiły element wynagrodzenia umownego należnego powódce.

W konsekwencji, w granicach podstawy faktycznej roszczeń odszkodowawczych pozwanej merytorycznej ocenie podlegać mogły wyłącznie te z nich, które dotyczyły wydatków poczynionych na usunięcie wad w robotach wykonanych przez powódkę oraz równowartości kosztu wynajmu podnośników.

Jednoznacznego podkreślenia wymaga to, że obrona zarzutem potrącenia (także przedprocesowego), stanowi formę dochodzenia roszczenia z wszelkimi tego procesowymi konsekwencjami. Jedną z nich jest zakaz orzekania przez sąd ponad żądanie (art. 321 § 1 k.p.c.), oznaczający nie tylko związanie co do samej treści (wysokości) żądania, ale także co do uzasadniających je elementów motywacyjnych. W związku z tym uwzględnienie sumy pieniężnej, mieszczącej się wprawdzie w granicach kwotowych żądania, lecz z innej podstawy faktycznej aniżeli wskazywana przez wierzyciela, stanowi niedopuszczalne w świetle powołanego przepisu orzeczenie ponad żądanie. Z tych względów Sąd Apelacyjny nie mógł zweryfikować zasadności powództwa w zakresie, w jakim pozwany bronił się potrąceniem wadliwie zdefiniowanego roszczenia odszkodowawczego, w oparciu o niepodniesiony - a jedynie dopuszczalny - zarzut nieistnienia jego zobowiązania, czy to z uwagi na brak ekwiwalentnego świadczenia powódki, czy też spełnienia świadczenia (w przypadku kwot wypłaconych podwykonawcom).

Jedynie na marginesie wskazać w tym kontekście należy, że w aktach sprawy znajduje się oferta powoda, stanowiąca załącznik do umowy stron (k.39), a przewidziane w niej wynagrodzenie jest zbieżne z wynagrodzeniem umownym. Wprawdzie w ofercie tej wycenione zostały tylko materiały, a ich suma jest równa umówionemu wynagrodzeniu i nie ma w niej osobnych pozycji dotyczących innych kosztów, w tym robocizny, tym niemniej oczywistym jest, że powódka musiała koszty te uwzględnić w kalkulacji materiałowej. Możliwym było zatem w oparciu o tą ofertę ustalenie wartości poszczególnych elementów robót, za które pozwany domaga się zapłaty. Pozwany chcąc zatem wykazać (gdyby hipotetycznie przyjąć, że jego roszczenie podlegać może ocenie według opisanej wyżej prawidłowej metodologii), że powódce wynagrodzenie w określonej wysokości nie należy w zakresie robót niewykonanych - np. za próby i rozruch instalacji DSO i SAP - musiałyby wykazać, jaki był jej koszt określony w umowie (choćby poprzez odwołanie się do odpowiednich pozycji oferty), a nadto, że to co zapłacił ponad tą wartość jest uczciwą stawką rynkową. Jakikolwiek dowody nie zostały jednak w tym zakresie przez pozwanego zaoferowane.

Z materiału procesowego zgromadzonego w sprawie jednoznacznie wynika, że skutecznie złożonym oświadczeniem o potrąceniu, tj. w zakresie kwot wydatkowanych przez pozwanego na usunięcie wad (wykonanie robót poprawkowych), objęte były wyłącznie należności objęte fakturami nr (...). Apelacja stanowiska Sądu Okręgowego w tym zakresie skutecznie nie podważyła. W szczególności, wbrew skarżącemu, Sąd ten nie stwierdził, że pozwany nie wykazał konieczności naprawy głośników, a wyłącznie to, że nie wykazał on, aby powódka wad tych nie usunęła. Wprawdzie Sąd I instancji, nieprawidłowo wskazał, że § 33 umowy określający tryb usuwania wad, wobec niewykazania jego zachowania przez pozwanego, sprzeciwia się uznaniu tych roszczeń za uzasadnione, nie dostrzegając, że dla roszczenia definiowanego z punktu widzenia treści art., 471 k.c. okoliczność ta jest zupełnie obojętna, tym niemniej uchybienie to nie miało ostatecznie dla analizowanego zagadnienia istotnego znaczenia. Rację ma pozwany wskazując, że w aktach sprawy się dokument, w oparciu o który zlecono świadkowi W. usunięcie usterek, zgodnie z listę usterek z dnia 5 marca 2013 r. tyle tylko, że zlecenia te budzą uzasadnione wątpliwości co do swojej wiarygodności. Z dokumentów znajdujących się w aktach wynika, że zlecenie usunięcia usterek następowało dwukrotnie, w dniach 15 i 20 marca 2013 r., co jest zachowaniem nielogicznym w sytuacji, gdy zakres usterek został ujawniony już w dniu 5 marca 2013 r. Co więcej w dniu 15 marca 2013 r. strony procesu sporządziły notatkę, w której nie poczyniono jakiegokolwiek wzmianki dotyczącej usterek i sposobu ich usuwania. Jeśli zatem zważyć, że jak słusznie wskazał Sąd Okręgowy, w protokole odbioru także brak jest jakichkolwiek zapisów dotyczących tych usterek i sposobu ich

usuwania przez inny, niż powódka podmiot, a jakiegokolwiek roszczenia z tego tytułu pozwany zaczął artykułować dopiero w reakcji na zgłoszone przez powódkę żądanie zapłaty wynagrodzenia, to tym samym brak było podstaw do przyjęcia, że ww. faktury obrazowały rzeczywisty zakres prac poprawkowych i wysokość poniesionych w tym zakresie przez pozwanego kosztów. Sam skarżący wskazał w apelacji (str. 12), że zlecone świadkowi W. prace dotyczyły nie tylko prac zmierzających do usunięcia wad, ale także innych robót, jak wymiana koryt na niepalne (pozwany nie wykazał, aby umowa przewidywała montaż tego rodzaju koryt, a tylko wówczas za uzasadniony uznać można byłoby zarzut nienależytego wykonania umowy przez powódkę w tym zakresie). Jeśli zatem uwzględnić, że z przedłożonych przez pozwanego dokumentów źródłowych (k . 124- 138) w ogóle nie wynika, co składa się na należności objęte tymi fakturami, to niepodobna w istocie rzeczy ustalić, jaka jest – ewentualna – wartość prac, które mogłyby być kwalifikowane jako poprawkowe. Kwestionując wiarygodność zeznań świadków M. D. i M. F. poprzez wskazanie, że nie mogli oni dokonywać w marcu 2013 r. poprawek linii głośnikowych z uwagi na brak podnośników, pozwany nie dostrzega, że sam twierdził, że w tym czasie na budowie znajdowały się jego podnośniki, a zatem techniczne zabezpieczenie do wykonywania prac niewątpliwie istniało. Skarżący dodatkowo przyznał, że Ł. W. usuwał nie tylko usterki wskazane w liście usterkowej inwestora, ale także takie które samodzielnie w trakcie wykonywania tych prac ujawnił. Powódka nie może zaś ponosić odpowiedzialności za całkowicie nieweryfikowalne, nie przewidziane umową stron działania podwykonawcy pozwanego, który jednostronnie określał, jakie prace zostały wykonane wadliwie. Wszystko to prowadzi do wniosku, że wykonanie prac pousterkowych, a także nie posiadających takiego charakteru, powódka zlecała jednostronnie wybranemu przez siebie podmiotowi, za całkowicie nieweryfikowalne procesowo, z punktu widzenia stawek rynkowych wynagrodzenie, który to wykonawca samodzielnie dokonywał ustalenia i usuwania dalszych – niż wskazane przez uprawnione do tego podmioty – usterek, co odbywało się w całości poza wiedzą powódki, czyni roszczenie z tego tytułu nieuzasadnionym w całości.

Argumentacji pozwanego w zakresie należności wynikającej z faktury nr (...), dotyczącej odpłatności za podnośniki, postawić można zarzut braku logiki. Skoro bowiem twierdzi on, że powódka w lutym 2013 r. praktycznie niczego nie wykonywała (od czasu zejścia z budowy przez podwykonawcę, a więc od dnia 7 lutego 2013 r.), to nie sposób dociec, w jaki sposób miała ona z podnośników udostępnionych przez pozwanego korzystać. W aktach sprawy brak jest przy tym jakiegokolwiek dokumentu, który świadczyłby o tym, że ktokolwiek z osób działających za powódkę zwracał się do pozwanego w kwestii podnośników. Jeśli zaś podnośniki te były wykorzystywane przez osoby trzecie wykonujące prace zastępcze na zlecenie pozwanej, to koszt ich wynajmu stanowić mógł wyłącznie element sumarycznych kosztów wykonania zastępczego prac, a nie odrębne świadczenie, nie wynikające przecież z umowy stron. Niezależnie od tego apelacja nie podważyła w żaden sposób stanowiska Sądu I instancji co do braków dowodu zarówno na okoliczność ilości podnośników, które pozwany na rzecz powódki miał zabezpieczyć, jak i również wysokości wynikających z tego kosztów.

Za całkowicie niezrozumiałą uznać należało polemikę pozwanego ze stanowiskiem Sądu Okręgowego w zakresie odpłatności za media, skoro to roszczenie Sąd ten w całości uwzględnił. Bezprzedmiotowy okazał się w konsekwencji zgłoszony w tym kontekście zarzut naruszenia art. 65 § 2 k.c. w zw. z § 26 umowy.

Za uzasadnioną Sąd Apelacyjny uznał natomiast apelację pozwanego w tej części, w której domagał się on obniżenia wynagrodzenia powódki o kwotę 375 zł. netto (461,26 zł. brutto) w związku z niewykonaniem przejść szczelnych. Stanowisko Sądu Okręgowego, który także to roszczenie wiązał wyłącznie z odpowiedzialnością odszkodowawczą powódki jest wadliwe. Jakkolwiek bowiem także ono objęte zostało oświadczeniem pozwanego o potrąceniu, tym niemniej – co wprost wynika z pisma pozwanego z dnia 10 kwietnia 2013 r. (k. 137) – równocześnie wskazywał on na niewykonanie umowy w tym zakresie, odwołując się do konkretnej pozycji z oferty powódki. Skoro zatem Sąd Okręgowy ustalił, że powódka tego elementu umowy nie wykonała (czego ta z resztą nie kwestionowała), to tym samym nie należy jej się wynagrodzenie w ww. wysokości.

Jakkolwiek zatem z opisanych wyżej przyczyn pozostałe - objęte oświadczeniami o potrąceniu, a równocześnie apelacją – roszczenia pozwanego okazały się nieuzasadnione, w ocenie Sądu Apelacyjnego nie mogłyby zostać one

uwzględnione nawet wówczas, gdyby hipotetycznie przyjąć, że tak zdefiniowane odszkodowania mogłyby podlegać potrąceniu z umownym wynagrodzeniem wykonawcy.

Odnosząc się zatem syntetycznie do poszczególnych faktur, poza stanowiskiem Sądu Okręgowego, które sąd odwoławczy w całości akceptuje, wskazać trzeba, że faktury nr (...) - wystawione jako refaktury na zakup materiałów potrzebnych do realizacji zadania - nie odzwierciedlają żadnego zdarzenia gospodarczego między stronami. W pierwszej z tych faktur pozwany żądał zapłaty za linę stalową 2mm PCV, wkręty samo montujące 9x19, a w drugiej za płytę pilśniową 3 mm oraz usługę formatowania tej właśnie płyty. Jeśli powódka te koszty opłaciła, to znaczy, że w tym zakresie wywiązała się z umowy. Celem wykazania zasadności podnoszonych twierdzeń strona pozwana winna była przeprowadzić dowód w zakresie potrzeb materiałowych na wykonanie umowy przez powódkę. Dopiero to pozwoliłoby na ocenę, czy powódka rzeczywiście nie zakupiła wszystkich tych materiałów, a więc, że ich koszt obciążał pozwanego. Tego jednak nie uczyniono wobec czego podnoszone w tym zakresie twierdzenia ocenione być muszą jako nieuzasadniona polemika z prawidłowymi ustaleniami Sądu I instancji.

Podkreślić w tym miejscu należy, że jeżeli z określonego materiału dowodowego sąd wyprowadza wnioski logicznie poprawne i zgodne z doświadczeniem życiowym, to ocena sądu nie narusza reguł swobodnej oceny dowodów i musi się ostać, choćby w równym stopniu, na podstawie tego materiału dowodowego, dawały się wysnuć wnioski odmienne. Dla skuteczności zarzutu naruszenia wyżej wymienionego przepisu nie wystarcza zatem stwierdzenie o wadliwości dokonanych ustaleń faktycznych, odwołujące się do stanu faktycznego, który w przekonaniu skarżącego odpowiada rzeczywistości. Konieczne jest tu wskazanie przyczyn dyskwalifikujących postępowanie sądu w tym zakresie. W szczególności skarżący powinien wskazać, jakie kryteria oceny naruszył sąd przy ocenie konkretnych dowodów, uznając brak ich wiarygodności i mocy dowodowej lub niesłusznie im je przyznając. Zwalczenie swobodnej oceny dowodów nie może, więc polegać li tylko na przedstawieniu własnej, korzystnej dla skarżącego wersji zdarzeń, ustaleń stanu faktycznego opartej na własnej ocenie, lecz konieczne jest przy tym posłużeniu się argumentami wyłącznie juredykcyjnym wykazywanie, że wskazane w art. 233 § 1 k.p.c. kryteria oceny wiarygodności i mocy dowodów zostały naruszone, co miało wpływ na wynik sprawy (Sąd Apelacyjny w Szczecinie w wyroku z dnia 19 czerwca 2008 roku, I ACa 180/08, LEX nr 468598, analogicznie Sąd Apelacyjny w Warszawie w uzasadnieniu wyroku z dnia 10 lipca 2008 roku, VI ACa 306/08).

Faktura nr (...) na kwotę 10.000,01 zł., stanowiąca refakturę za zakupione materiały. Nie sposób dociec, o jakich dodatkowych materiałach mówi pozwany w apelacji, skoro roszczenie to dotyczyć miało materiałów niezbędnych do wykonania umownego zakresu prac. Sąd Okręgowy wierzytelność tą uznał za niezasadną nie – jak wskazuje apelujący - z uwagi na datę wystawienia faktury, ale dlatego, że faktura wystawiona przez firmę (...) jest tak ogólna, że nie sposób jest ustalić, czego ona konkretnie dotyczy. W sposób oczywiście nieuprawniony pozwany usiłuje przerzucić na powódkę obowiązki dowodowe w tym zakresie. Skoro bowiem to on wywodzi pozytywne dla siebie z faktu, że powódka obowiązków wynikających z umowy nie wykonała, to na nim spoczywa ciężar wykazania prawdziwości swoich twierdzeń tym zakresie. To nie powódka ma wykazać zatem, jakie materiały przekazała swojemu podwykonawcy, lecz pozwany udowodnić, zakupy jakich materiałów i to niezbędnych do wykonania umowy, sfinansował. Symptomatyczne jest w tym zakresie, że apelacja w ogóle nie odnosi się – co już czyni jej wywód nieskutecznym z punktu widzenia treści art. 233 § 1 k.p.c. – do tego co stanowiło istotę argumentacji Sądu Okręgowego, a mianowicie, że swoje roszczenia w tym zakresie pozwany ujawnił dopiero po odbiorze robót wykonanych bez jakichkolwiek zastrzeżeń, a nadto, że podwykonawca – wbrew łączącej go z powódką umowie – nigdy nie zwracał się z monitem o zakup materiałów. Zupełnie nielogiczne jest zaś twierdzenie, że (...) odstąpił od umowy z uwagi na braki innych niż niezbędne do wykonania instalacji RTV materiałów, skoro odstąpienie to miało miejsce w dniu 7 lutego 2013 r., a wtedy instalacje SAP i DSO, w świetle braku zastrzeżeń Straży Pożarnej, musiały być już wykonane. Za całkowicie zbędny uznać przy tym należało wywód apelacji, w którym pozwany kwestionował wiarygodność dowodów przedstawianych przez powódkę, miast skupić się na przedstawieniu - zgodnie z zasadami rozkładu ciężaru dowodu – wywodu dotyczącego oceny tych dowodów, które sam w procesie zaoferował. Całkowicie niewiarygodne jest twierdzenie, że materiały na wykonanie instalacji SAP i DSO były przez powódkę dostarczane w marcu 2013 r. skoro bezsporne jest i przyznaje to sam pozwany, że prace te wykonano wcześniej, a w tym czasie - na jego bezpośrednie zlecenie – bez udziału

powódki jedynie usuwano usterki. Zeznania świadka T. W. nie są wystarczające aby ustalić, że powódka nie płaciła za materiały i to niezależnie od tego, że w apelacji zabrakło wyjaśnienia, jak fakt ten miałby być kwalifikowany z punktu widzenia przedmiotu sprawy. Umyka przy tym pozwanemu, że świadek nie mówił o tego rodzaju faktach w sposób bezwarunkowy, odwołując się jedynie do stanu swojej wiedzy.

Co do faktury nr (...), pozwany nie wykazał, by prace wykonane przez świadka T. W. pokrywały się z pracami umownymi powódki i tego niewątpliwie trafnego twierdzenia Sądu Okręgowego nie zdołał on obalić w toku postępowania odwoławczego. Wbrew pozwanemu nie sposób racjonalnie twierdzić, że sporządzone zostały wyłącznie jednostronne protokoły wykonania prac przez powódkę, skoro z udziałem obu stron sporządzono końcowy protokół odbioru z dnia 26 marca 2013 r.

W przypadku faktur nr (...) pozwany zwalczając ocenę Sądu pierwszej instancji podnosił, że w trakcie czynności odbioru przez przedstawicieli (...) ujawniono szereg nieprawidłowości, które uniemożliwiały wydanie pozytywnej decyzji. Tym samym zachodziła potrzeba zlecenie szeregu prac naprawczych, bowiem powódka nie miała jakichkolwiek pracowników na terenie budowy. Tym samym (...), wykonywał prace naprawcze polegające na wykonaniu prac instalacyjnych (na nowo), instalacji centrali (na nowo) oraz wstępnego programowania, a nadto podmiot ten dokonał instalacji czujek w pomieszczeniach zaplecza i głośników na sali sprzedaży. Ta wewnętrznie sprzeczna argumentacja pozwanego uniemożliwia w istocie ustalenie, czy podmiot ten wykonywał prace na nowo, czy jedynie dokonywał naprawy po powódce. Nie został przedstawiony jakikolwiek dowód racjonalizujący wniosek, że istniała rzeczywista potrzeba wykonania określonych robót na nowo. Nie dostrzega skarżący, że jego twierdzenie o zleceniu dokończenia prac w dniu 25 stycznia 2013 r. pozostaje w oczywistej sprzeczności z faktem, że wówczas prace w tym zakresie wykonywał podwykonawca powódki, który dodatkowo, 2 dni wcześniej, sporządził z przedstawicielem pozwanego notatkę zawierającą opis stanu zaawansowania prac. W apelacji pominięte zostało również zagadnienie zgodności ewentualnego zlecenia prac zastępczych z umową. Czym innym jest konieczność wykonania określonych prac, czym innym zaś uprawnienie do ich realizacji, które aktualizuje się dopiero po zachowaniu trybu przewidzianego w umowie.

Ustaleń Sądu Okręgowego pozwany nie podważył także w zakresie należności wynikającej z faktury nr (...), która dotyczyła częściowego okablowania instalacji SAP i DSO. W tej części Sąd Apelacyjny podziela stanowisko Sądu pierwszej instancji co do tego, że z zaakceptowanej przez przedstawiciela pozwanego notatki z dnia 23 stycznia 2013 r. wynika, że prace montażowe na dzień sporządzania protokołu wykonane były w 95-100 %, zaś po 23 stycznia 2013 r. prace nadal były prowadzone przez podwykonawcę powódki, aż do 7 lutego 2013 r. Nadto, jak niewadliwie ustalił ten Sąd firma (...) odstępując od umowy pismem z dnia 7 lutego 2013 r. wskazała, że system SAP i DSO wraz z integracją z innymi systemami zostały wykonane. Z treści pisma wynika, że na dzień 7 lutego 2013 roku nie została wykonana jedynie dalsza instalacja systemów przywoławczych oraz RTV AGD. W apelacji pozwany powołał się na zeznania R. R. (2), tym niemniej nawet okoliczność, że świadek ten wskazywał na konieczność wykonania poprawek dostosowujących te instalacje do uwag zgłoszonych przez straż pożarną, nie może być argumentem racjonalizującym dokonywanie prac w tym zakresie kilkakrotnie przez różne podmioty (vide: faktury opisane wyżej). Nie uszło uwadze Sądu Apelacyjnego, że twierdzenie, iż straż pożarna odebrała obiekt tylko w niezbędnym minimum jest całkowicie kontrfaktyczne, skoro odbiór taki wprost oznacza, że instalacje te musiały spełniać swoje funkcje. Nie jest oczywiście wykluczone, że pozwany w późniejszym okresie zobowiązał się do wprowadzenia innych rozwiązań w porozumieniu z generalnym wykonawcą, ale okoliczność ta – przy braku dowodu, że modyfikacje te obejmowały zakres zobowiązania wykonawcy - nie może obciążać powódki zwłaszcza jeśli zważyć, że prace te pozwany niewątpliwie zainicjował jednostronnie, nie tylko nie wzywając powódki do ich realizacji, ale nawet nie informując jej o wystąpieniu takiej potrzeby. Nie może korzystać z ochrony prawnej zachowanie polegające na tym, że generalny wykonawca samodzielnie zatrudnia wykonawców w zakresie prac, które objęte są umową łączącą go z innym podmiotem, a następnie skutkami swojego zachowania obciąża ten podmiot w sposób całkowicie wyabstrahowany od warunków kontraktowych. Twierdzenie pozwanego, że po dniu 23 stycznia 2013 r. istniała potrzeba wykonywania przez podmioty trzecie prac w zakresie tych instalacji jest całkowicie nieweryfikowalne. Położenie kabli do koryt ogniотrwałych nie jest – na co powołuje się on w apelacji – objęte pracami, o których mowa w przedmiotowej fakturze.

W konkluzji Sąd Apelacyjny doszedł do przekonania, że zaprezentowana przez stronę pozwaną konstrukcja zarzutu naruszenia art. 233 § 1 k.p.c. ogranicza się wyłącznie do dowolnej polemiki z dokonanymi przez Sąd Okręgowy ustaleniami. Pozwany w żadnym stopniu nie zdołał wykazać przyczyn, dla których ocena dowodów nie spełnia kryteriów określonych w art. 233 § 1 k.p.c. Zwalczając tą ocenę, skarżący koncentrował się na rzeczywistych i domniemanych uchybieniach powoda, w ogóle nie odnosząc się do kluczowego w realiach niniejszego sporu dowodu, a mianowicie skwitowania powódki bez zastrzeżeń w protokole odbioru z dnia 26 marca 2013 r. Taka treść tego protokołu nakładała na niego obowiązki w zakresie przedstawienia dowodów, które niweczyłyby prawdziwość oświadczeń obu stron złożonych w tym dokumencie, czego przez odwołanie się do dokumentów ujawnionych wobec powódki po raz pierwszy dopiero po powstaniu obowiązku zapłaty dochodzonego przez nią wynagrodzenia, oraz zeznań związanych z nim instytucjonalnie świadków, nie zdołał skutecznie uczynić. Za wyartykułowaną wyłącznie na użytek apelacji, w końcowej części jej uzasadnienia, uznać należało koncepcję pozwanego, że zlecenie robót zastępczych nastąpiło pod przymusem wynikającym z sytuacji na budowie i z zastrzeżeniem zwrotu. Jakikolwiek argumenty natury jurydycznej, przemawiające za zasadnością tego twierdzenia oraz wyjaśniające, co z niej istotnego dla rozstrzygnięcia sprawy ma wynikać, nie zostały w apelacji przedstawione, przez co jakiegokolwiek dalsze uwagi w tym zakresie uznać należy za zbędne. Za oczywiście nieskuteczną uznać również należało podjętą w apelacji próbę zdyskredytowania zeznań świadka M. P.. Wbrew apelacji, świadek ten twierdzenie o prawidłowej jakości prac odnosiła wprost do powódki, a nie innych podmiotów.

Za nieskuteczne uznać również należało podniesione w apelacji pozwanego zarzuty naruszenia prawa materialnego. W szczególności Sąd Okręgowy nie mógł naruszyć art. 481 § 1 k.c. poprzez zasądzenie odsetek za opóźnienie za okres po dniu złożenia świadczenia przez generalnego wykonawcę do depozytu sądowego. Czynność ta niweczyła bowiem stan opóźnienia wyłącznie w relacji pomiędzy powódką a (...). Przedmiotowe roszczenie skierowane jest w stosunku do pozwanego, a skoro bezspornym jest, że odmawiał on jego spełnienia, to w sytuacji, w której jego stanowisko w tym zakresie okazało się nieskuteczne, stan jego wymagalności w relacji pomiędzy stronami procesu wyznaczał datę, w której pozwany popadł w opóźnienie z jego spełnieniem. Nie dostrzega skarżący, że generalny wykonawca poprzez złożenie świadczenia do depozytu sądowego zabezpieczył wyłącznie swoje interesy i brak opóźnienia po jego stronie nie może rozciągać się na pozwanego. (...) dokonał tej czynności z uwagi na niepewność co do tego, kto jest wierzycielem w zakresie kwoty złożonej do depozytu. Nie można zatem przyjąć, że w sposób bezwarunkowy świadczył on na rzecz powódki, a tylko wówczas, pozwany mógłby się na to zdarzenie skutecznie powołać. Równie uprawnione – z punktu widzenia (...) – było przyjęcie, że świadczenie złożone do depozytu, było wykonaniem zobowiązania wobec pozwanego.

Wadliwie pozwany powołuje się również na treść art. 366 § 1 k.c. w sytuacji, w której to wyłącznie z uwagi na jego zachowanie powód ze środków złożonych do depozytu nie mógł faktycznie korzystać. Złożenie świadczenia do depozytu nie wywołało przy tym stanu zaspokojenia powódki, a jedynie – jak wskazano – chroniło generalnego wykonawcę przed skutkami niepewności, jakiemu podmiotowi obowiązany jest je wypłacić.

Co się zaś dotyczy zarzutu naruszenia art. 65 § 2 k.c. w zw. z § 35 umowy, dotyczył on kwestii zasadności zwrotu na rzecz powódki połowy kaucji gwarancyjnej, które to zagadnienie stanowić będzie przedmiot oceny w zakresie apelacji powódki. W tym miejscu jedynie wskazać należy, że z uwagi na kierunek oceny zasadności tego roszczenia powódki (o czym niżej), zarzut ten uznać należało za bezprzedmiotowy

Konkludując rozważania dotyczące apelacji pozwanego Sąd Apelacyjny doszedł do wniosku, że w jej wyniku zasądzone na rzecz powódki roszczenie ulec winno obniżeniu jedynie do kwoty 149.873,58 zł. (150.335,84 zł. - 461,26 zł.).

Jak wyżej wskazano, w piśmie procesowym z dnia 18 sierpnia 2016 r. (k. 931-932) pozwany sprecyzował, że wartość przedmiotu zaskarżenia wynosi 146.562 zł (146.561,85 zł) ograniczając w stosunku do apelacji jego zakres o kwotę 2.434,75 zł., dotyczącą należności za wykonanie systemu przywoławczego w WC dla niepełnosprawnych. Czynność ta kwalifikowana być winna jako częściowe cofnięcie apelacji, co wobec jednobrzmiącej treści art. 391 § 2 k.p.c. obliżowało do umorzenia postępowania apelacyjnej w tej części, o czym orzeczono w punkcie II sentencji.



Przechodząc do apelacji powódki wskazania wymaga na wstępie, że eksponowała ona zasadniczo dwie kwestie, a mianowicie sprzeczność istotnych ustaleń Sądu z treścią zebranego materiału dowodowego wynikająca zwłaszcza z umowy z dnia 5 grudnia 2012 r., że pozwany był uprawniony do zatrzymania części wynagrodzenia jako dodatkowej kucji gwarancyjnej oraz naruszenie art. 484 § 2 k.c. Tak postawione zarzuty nie zasługiwały jednak na uznanie instancji odwoławczej.

W zakresie roszczenia o zwrot połowy zatrzymanej przez pozwanego kucji gwarancyjnej w kwocie 17.928,86 zł. wskazać w pierwszej kolejności należy, że zgodnie z punktem § 37 łączącej strony umowy, kucja ta miała pochodzić z potrącenia 10 % wynagrodzenia należnego wykonawcy. Zarzut powoda, że nie doszło do takiego potrącenia ocenić należało jako nieskuteczny. Pomija on bowiem zupełnie, że oświadczenie o potrąceniu zostało złożone w ramach ogólnego potrącenia wierzytelności wzajemnych, co wprost wynika z treści pisma pozwanego z dnia 29 kwietnia 2013 r., w którym wskazuje on na przysługujące mu prawo zatrzymania kucji i min. z tego tytułu odmawia spełnienia żądanego przez powódkę świadczenia. Co więcej, oświadczenie to należy interpretować w kontekście pisma pozwanego z dnia 4 czerwca 2013 r., w którym z kolei mowa jest wyraźnie o umorzeniu wierzytelności powódki na skutek potrącenia wcześniej artykułowanych wierzytelności, a zatem również i kucji.

Sąd Okręgowy oddalając powództwo w tym zakresie motywował swoją decyzję tym, że roszczenie o zwrot połowy kucji było - w dacie wydania wyroku - niewymagalne, która to przesłanka niewątpliwie zaktualizowała się już na etapie postępowania odwoławczego. Nie dostrzegł wszakże ten Sąd, jak również powódka, że zwolnienie tej kucji, wedle umowy stron uzależnione było od spełnienia warunku (k. 33), którego zaistnienia powódka nawet nie usiłowała wykazać. Umowa przewidywała mianowicie, że prawo do domagania się zwrotu pozostałej części kucji (poza upływem terminu i wezwaniem dłużnika do jej zwrotu) warunkowane jest złożeniem przez powódkę oświadczenia o niezaleganiu z zapłatą w stosunku do podwykonawców i oświadczeń tych podwykonawców w tym przedmiocie. Brak jakiegokolwiek aktywności dowodowej skarżącej w tym zakresie oznaczać musiał uznaniem powództwa w tej części za niewykazane.

Przechodząc do drugiej z objętych apelacją powódki kwestii, a mianowicie zagadnienia kar umownych za zwłokę w wykonaniu przez powódkę przedmiotu umowy podkreślić należy, co wynika już z samej treści zarzutu, że nie kwestionowała ona zasadności tego roszczenia pozwanego co do zasady, zarzucając jedynie Sądowi I instancji, że nie dokonał zmiarkowania wysokości tej kary, czym naruszył art. 484 § 2 k.c.

Nie powielając w tym miejscu trafnego stanowiska Sądu Okręgowego, a także skarżącej, dotyczącego wykładni dyspozycji art. 484 § 2 k.c. wskazać syntetycznie należy, że określa ona w sposób wyczerpujący przesłanki miarkowania kary umownej, do których należą znaczne wykonanie zobowiązania oraz rażące wygórowanie kary umownej. Przepis ten posiada charakter uniwersalny i znajduje zastosowanie do oceny skuteczności wszystkich klauzul umownych zastrzegających obowiązek zapłaty kary umownej, wpisującej się w ustawowy model tej instytucji określony w art. 483 § 1 k.c. Już zatem tylko z tego powodu za oczywiście wadliwą uznać należało tą część argumentacji apelacji, która dotyczyła okoliczności, mających świadczyć o innym, niż to ustalił Sąd Okręgowy terminie wykonania umowy przez powódkę. Zagadnienie to wiązane być bowiem może wyłącznie z wysokością wierzytelności z tytułu kar umownych (termin oddania przedmiotu umowy wyznacza bowiem datę, do której kary takie mogą być naliczone), a nie ich miarkowaniem. Na marginesie jedynie Sąd Apelacyjny wskazuje w tej materii, że Sąd Okręgowy prawidłowo oparł się w tym zakresie dacie sporządzenia końcowego protokołu odbioru wskazując, że powódka nie wykazała, aby w sposób prawidłowy zaoferowała pozwanemu przedmiot umowy przed dniem 26 marca 2013 r., a zwłaszcza jak twierdzi, jeszcze w lutym 2013 r. Sąd I instancji szczegółowo wyjaśnił, a co Sąd Apelacyjny w całości podziela, dlaczego zgłoszenie do odbioru dokonane w połowie lutego 2013 r. nie uzasadnia przyjęcia tej daty jako dnia zakończenia robót. Z treści protokołu odbioru z dnia 5 marca 2013 roku wynika, że nie wszystkie prace będące w zakresie umownym powódki, zostały wykonane w dacie 28 lutego 2013 r. Również notatka z dnia 15 marca 2013 roku nie potwierdza wykonania wszystkich robót objętych umową. Powódka nie wykazała dokładnej daty zakończenia prac przez R. K.. Z treści wystawionej przez niego faktury wynika, że prace podwykonawca powódki zakończył dopiero w dniu 17 marca 2013 roku. Z kolei świadek M. D. wskazał, że w połowie marca prowadził prace dodatkowe- poprawki. Nie ma w

tym zakresie znaczenia również to, że jak wskazuje się w apelacji, (...) zostało otwarte na początku marca, a zatem prace powódki musiały być do tego czasu wykonane. Rzecz bowiem w tym, że obowiązkiem wykonawcy jest nie tylko wykonanie umowy, ale również zaoferowanie jej przedmiotu zamawiającemu. Powódka nie dostrzega przy tym, że kwestionując znaczenie dowodowe protokołu z 26 marca 2013 r. popada w relatywizm, bowiem tam gdzie jest to dla niej korzystne, tj. co do roszczeń zgłoszonych przez pozwanego, protokół ten uważa ona za w pełni wiarygodny i odzwierciedlający zgodne z rzeczywistym stanem rzeczy zdarzenia gospodarcze. Za okoliczność obojętną dla oceny analizowanego zagadnienie uznać również należało to, że – jak wskazuje powódka – instalacje SAP i DSO zostały wykonane do dnia 7 lutego 2013 r., co miałyby wynikać z decyzji straży pożarnej, skoro instalacje te nie wyczerpywały całego przedmiotu umowy. Nie może zatem w oparciu o tą okoliczność konstruować ona poglądu, że opóźnienie robót było inne, niż ustalił Sąd Okręgowy, a cały obszerny wywód poświęcony tej kwestii w apelacji, nie zasługiwał na uwzględnienie co do zasady. Kluczowa jest bowiem w tej materii ocena, kiedy powódka wykonała i następnie zgłosiła do odbioru cały przedmiot umowy, w tym instalację RTV. Z tego zaś punktu widzenia waga poszczególnych systemów dla funkcjonowania galerii handlowej pozostaje bez znaczenia, skoro powódka w określonym w umowie terminie miała wykonać cały jej przedmiot, a nie tylko część.

Podkreślenia w tym miejscu wymaga, że instytucja miarkowania kary umownej należy do tzw. prawa sędziowskiego, co oznacza, że to do sądu należy wybór kryteriów, na podstawie których poddaje on kontroli wysokość kary umownej. Stąd też korekta kwoty kary umownej ustalonej przez Sąd I instancji w wyniku stosowania instytucji jej miarkowania możliwa jest jedynie wówczas, gdy rażąco zostały naruszone obowiązujące w tym zakresie kryteria.

Wychodząc z tego punktu widzenia nie sposób, w ocenie Sądu Apelacyjnego, uznać, że orzeczenie Sądu I instancji dotknięte jest jakąkolwiek wadliwością. W szczególności dostatecznej podstawy do miarkowania kar umownych nie może stanowić eksponowany w apelacji fakt braku szkody pozwanego, wywołanej wykonaniem zobowiązania ze zwłoką. Instytucja miarkowania kary umownej winna być stosowana powściągliwie, skoro redukcja taka stanowi modyfikację treści zobowiązania określonego w umowie. Ponadto, obok kryteriów oceny „rażącego wygórowania” kary umownej w jej aspekcie wartościowym i to zarówno o charakterze bezwzględny (np. sama wysokość kary umownej), jak i relatywizującym (np. ocena wysokości kary umownej do innych elementów, tj. wobec ogólnej wartości świadczenia, wysokości szkody poniesionej przez uprawnionego do kary umownej lub rozmiaru przysługującego mu odszkodowania), z pola widzenia sądu nie może umknąć funkcja represyjna, czy stymulacyjna kary umownej, która w okolicznościach konkretnego przypadku, wyprzedzać nawet może jej walor kompensacyjny. Tak też ocenić należy analizowany przypadek, w sytuacji, w której – jak trafnie uwypuklił Sąd Okręgowy - okres zwłoki powódki był dłuższy, niż termin przewidziany do wykonania przez nią umowy. Co więcej, opisane przez Sąd Okręgowy uchybienia w sposobie wykonywania przez powódkę umowy, datujące się już od chwili jej zawarcia, nie pozwalają uznać, że mogłaby ona korzystać z dobrodziejstwa sądowej modyfikacji przewidzianego w umowie świadczenia tylko z tego powodu, że - jak twierdzi – pozwany nie poniósł żadnej szkody, którą, o czym zdaje się zapominać, wiązać należy nie tylko z prostym faktem nie obciążenia go przez generalnego wykonawcę karami umownymi za przekroczenie terminu w wykonaniu umowy, ale również wszelkimi konsekwencjami, jaki sposób wykonywania umowy przez powódkę dla niego wywoływał, choćby poprzez potrzebę większego zaangażowania jego pracowników w kontrolę sposobu wykonywania umowy, a tym samym oderwanie ich od innych czynności służbowych, które w tym czasie mogliby wykonywać. Wyłącznie względami taktyki procesowej wyjaśnić można twierdzenie pozwanej, jakoby opóźnienie w realizacji umowy spowodowane było zmianami w zakresie usytuowania gniazd RTV. Nie negując tego, że fakt taki – potwierdzony zeznaniami świadka M. P. - rzeczywiście miał miejsce, Sąd Apelacyjny zauważa, że po pierwsze brak jest dowodu na to, kiedy zmiana taka została faktycznie wprowadzona, po drugie zaś powódka mogłaby się na tą okoliczność powoływać wówczas, gdyby w ogóle w terminie umownym przystąpiła do realizacji prac w zakresie instalacji RTV. Dopiero wtedy bowiem pomiędzy wprowadzonymi zmianami, a nie wykonaniem zobowiązania istniałby adekwatny związek przyczynowy. Nie jest również tak, jakoby naliczona przez pozwanego kara umowna była rażąco wygórowana w jej aspekcie wartościującym, skoro stanowi ona około 1/4 (a nie jak wskazywała powódka – 1/3) umówionego wynagrodzenia, a jak powszechnie przyjmuje się w judykaturze, o takiej kwalifikacji kary umownej można mówić wówczas, gdy jest ona równa, lub choćby zbliżona do wynagrodzenia umownego.

Przedstawione wyżej uwarunkowania w pełni racjonalizują pogląd Sądu Okręgowego, że funkcja represyjna oraz stymulacyjna należnej pozwanej kary umownej sprzeciwiają się jej miarkowaniu w jakiegokolwiek części. Tym samym zarzut naruszenia przez ten Sąd art. 484 § 2 k.c. nie zasługiwał na uwzględnienie .

Z tych wszystkich przyczyn konieczne było wydanie wyroku reformatoryjnego o treści, jak w punkcie I sentencji, na podstawie art. 386 § 1 k.p.c. Dalej idąca apelacją pozwanego (z uwzględnieniem tej części, w której postępowanie odwoławcze umorzono) oraz apelacja powódki w całości podlegały oddaleniu jako bezzasadne, w oparciu o dyspozycję art. 385 k.p.c., co znalazło odzwierciedlenie w punktach III i IV wyroku.

Podkreślenia w tym miejscu wymaga, że dokonana zmiana wyroku, nie miała wpływu na treść orzeczenia o kosztach postępowania pierwszoinstancyjnego a to z tego względu, że w jego wyniku proporcje, w jakich każda ze stron utrzymała się ze swoim stanowiskiem uległy zmianie – na korzyść pozwanego – jedynie o około 0,15%.

O kosztach postępowania apelacyjnego orzeczono na podstawie art. 108 § 1 w zw. z art. 100 k.p.c., zgodnie z zasadą ich wzajemnego zniesienia przy uwzględnieniu, że każda ze stron wygrała to postępowanie wyłącznie w zakresie apelacji wniesionej przez przeciwnika procesowego, a zatem jedynie w tej części mogłaby skutecznie domagać się zasądzenia na jej rzecz kosztów, ograniczających się do kosztów zastępstwa procesowego, które są w obu tych przypadkach równe.

SSA A. Kowalewski SSA W. Kaźmierska SSA A. Bednarek-Moraś